

Virtue jurisprudence

Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes*

Virtue jurisprudence

*A virtue-centered theory of judging***

RECIBIDO: 2013-07-03 / ACEPTADO: 2013-09-30

Lawrence B. SOLUM

Professor of Law Georgetown University
lsolum@gmail.com

Resumen: *Virtue jurisprudence* es una teoría normativa y explicativa del derecho que utiliza los recursos de la ética de las virtudes para responder las cuestiones centrales de la teoría del derecho. El objetivo principal de este trabajo es el desarrollo de una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes. La exposición de la teoría comienza explorando los defectos de carácter de los operadores judiciales, tales como la corrupción y la incompetencia. Luego se presenta una explicación sobre las virtudes judiciales, que incluye a la sabiduría judicial, una forma de *phronesis* o buen juicio práctico. A continuación, se defiende una comprensión de la justicia centrada en las virtudes frente al argumento que sostiene que las teorías de la equidad son previas a las teorías de la justicia. La centralidad de la virtud como rasgo del carácter puede ser extensamente tratada al analizar los elementos constitutivos de la virtud de la justicia. Tales elementos incluyen la imparcialidad judicial (una justa comprensión hacia aquellos que se ven afectados por la adjudicación) y la integridad judicial (el respeto por el derecho y la preocupación por su coherencia). Este trabajo argumenta que una teoría centrada en las virtudes logra demostrar el rol que juega el juicio práctico virtuoso en la aplicación de las reglas a situaciones de hecho particulares. Además, se afirma que una teoría de la decisión centrada en las virtudes permite una mejor comprensión del fenómeno del legítimo desacuerdo judicial. Por último, una aproximación centrada en las virtudes también explica mejor la práctica de la equidad, que supone un apartamiento de las reglas basado en la apreciación que hace el juez de las características particulares que presentan las situaciones de hecho individuales.

Palabras clave: ética; justicia; teoría del derecho; derecho; virtud.

Abstract: *Virtue jurisprudence* is a normative and explanatory theory of law that utilises the resources of virtue ethics to answer the central questions of legal theory. The main focus of this essay is the development of a virtue-centred theory of judging. The exposition of the theory begins with exploration of defects in judicial character, such as corruption and incompetence. Next, an account of judicial virtue is introduced. This includes judicial wisdom, a form of *phronesis*, or sound practical judgement. A virtue-centred account of justice is defended against the argument that theories of fairness are prior to theories of justice. The centrality of virtue as a character trait can be drawn out by analysing the virtue of justice into constituent elements. These include judicial impartiality (even-handed sympathy for those affected by adjudication) and judicial integrity (respect for the law and concern for its coherence). The essay argues that a virtue-centred theory accounts for the role that virtuous practical judgement plays in the application of rules to particular fact situations. Moreover, it contends that a virtue-centred theory of judging can best account for the phenomenon of lawful judicial disagreement. Finally, a virtue-centred approach best accounts for the practice of equity, departure from the rules based on the judges' appreciation of the particular characteristics of individual fact situations.

Key words: Ethics; Justice; Jurisprudence; Law; Virtue.

Sumario: I. Introducción. A. El derecho y la filosofía moral moderna. B. *Virtue jurisprudence*. C. ¿Qué es una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes? II. Un esbozo de una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes. A. ¿Cuáles son los vicios judiciales? B. ¿Cuáles son las virtudes judiciales? C. ¿Qué es la virtud de la justicia? D. ¿Cuál es la estructura de una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes? III. La idoneidad de una teoría centrada en las virtudes. A. La justicia como lo jurídicamente correcto. B. La virtud de la equidad. IV. Conclusión. Agradecimientos. Referencias bibliográficas.

* [Nota de los traductores]: El subtítulo de este trabajo en inglés es “*A virtue-centered theory of judging*”. La traducción literal del vocablo ‘*judging*’ es ‘acto de juzgar’. Sin embargo, dado que el trabajo del profesor Solum se refiere al acto de juzgar específico que lleva a cabo un juez, se ha optado por traducirlo como “Una teoría de la decisión *judicial* centrada en las virtudes”.

** Traducción de Marina Dandois y Juan B. Etcheverry (investigador del CONICET-U. Austral). Buena parte de esta traducción se llevó a cabo en el marco de una estancia de investigación en el Instituto Cultura y Sociedad (Universidad de Navarra), financiada por el propio instituto.

I. INTRODUCCIÓN

Virtue jurisprudence es una teoría normativa y explicativa del derecho que utiliza los recursos de la epistemología¹, de la ética² y de la política³ de las virtudes para responder las cuestiones centrales de la teoría del derecho⁴. En cierto modo, la *virtue jurisprudence* es una teoría nueva, trazada a partir de los recursos provistos por los desarrollos recientes de la filosofía moral; pero también es una teoría muy antigua, enraizada en la concepción aristotélica de la ética, de la política y de la naturaleza del derecho⁵. Una tesis central de la *virtue jurisprudence* es que las teorías que compiten por explicar la naturaleza del derecho son seriamente deficientes, porque no son capaces de exponer en forma adecuada la relación entre el derecho y el carácter o modo de ser de los operadores jurídicos. Este artículo explora un aspecto de aquella tesis en el contexto de las teorías de la decisión judicial.

Empezaré mi exposición sobre la *virtue jurisprudence* comparando la situación de la teoría del derecho hoy en día con el estado de la ética unas pocas décadas atrás, cuando Elizabeth Anscombe (1997) escribió “Modern Moral Philosophy”. Luego procederé a esbozar a muy grandes rasgos los asuntos que pueden ser abarcados por la *virtue jurisprudence*. Una vez explorados estos temas introductorios, volveré sobre la parte central de este trabajo: una descripción general de una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes. Finalmente, sostendré que una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes ofrece una explicación adecuada para la práctica de la equidad, mientras que otras presentan problemas en este punto.

¹ Véase ZAGZEBSKI 1996. Véase también FAIRWEATHER y ZAGZEBSKI 2001.

² La literatura sobre la ética de las virtudes en la actualidad es amplia. Mi trabajo ha sido especialmente influenciado por las siguientes obras contemporáneas: FOOT 1978; 2001; HURSTHOUSE 1999; MACINTYRE 1984; y SHERMAN 1989. Ver también CRISP y SLOTE 1997; STATMAN 1997; y CRISP 1996.

³ Véase CRISP y SLOTE 1997, “Introduction”.

⁴ La expresión “*virtue jurisprudence*” fue acuñada siguiendo el modelo de la “ética de las virtudes” y de la “epistemología de las virtudes”. La *virtue jurisprudence* se encuentra en una etapa inicial, al igual que la “política de las virtudes”. Véase CRISP y SLOTE 1997, “Introduction”.

⁵ Mi entendimiento de la teoría de las virtudes de Aristóteles se remite a varias fuentes. Véase, v. g., BROADIE 1991; HARDIE 1980; KRAUT 1989; 2002. Véase también RORTY 1980. También agradezco a Gavin Lawrence por su curso sobre la ética aristotélica, brindado en la Universidad de California, en Los Ángeles; así como a Christine Korsgaard por su seminario sobre la ética de Aristóteles en la Universidad de Harvard.

A. *El derecho y la filosofía moral moderna*

Como es bien sabido, en “Modern Moral Philosophy”, Elizabeth Anscombe señaló la existencia de problemas persistentes en las aproximaciones deontológica y utilitarista, que dominaban las teorías éticas normativas cuando ella escribió su trabajo en 1958. La teoría del derecho moderna tiene fuertes vínculos con la filosofía moral moderna. Históricamente, esta conexión ha sido evidente en la obra de Jeremy Bentham⁶, que combinaba una separación conceptual entre derecho y moral con un programa utilitarista de reforma jurídica⁷. La doctrina jurídica contemporánea invoca con frecuencia teorías morales generales, incluyendo al utilitarismo que procura la satisfacción de las preferencias⁸ y a las teorías deontológicas como la kantiana⁹, para argumentar sobre cómo debería ser el derecho. Estas teorías jurídicas normativas se dirigen a aquellos que crean derecho (en sentido amplio), incluyendo a legisladores y jueces. Los avances en la filosofía política, provocados por *A Theory of Justice* de John Rawls¹⁰ y sus

⁶ Véase, en general, BENTHAM 1988; 1996.

⁷ La relación entre el positivismo jurídico y las escuelas críticas normativas del derecho es controvertida. Frederick Schauer (1996) ha formulado la idea de que el positivismo jurídico permite la crítica moral del derecho, al hacer una clara separación entre derecho y moral. Julie Dickson (2001) critica esta línea argumentativa sobre la base de que la misma implica una mera “expresión de deseos”. Dickson cree que el positivismo jurídico es una teoría sobre lo que el derecho es, v. g., una teoría que especifica las condiciones necesarias y suficientes para que una práctica social pueda ser considerada derecho. Por lo tanto, Dickson sostiene que las consecuencias beneficiosas del positivismo jurídico no pueden ser consideradas como un argumento válido para aceptar al positivismo jurídico como una teoría sobre la naturaleza del derecho. La aceptación del positivismo jurídico debe depender de si éste capta efectivamente las condiciones necesarias y suficientes para el derecho. Cualquier resultado beneficioso sería un mero epifenómeno. El debate de este asunto se encuentra más allá del alcance de este trabajo, excepto por una breve observación. El argumento de Dickson asume que el concepto de “derecho” designa una práctica social, cuya naturaleza es fijada por las condiciones necesarias y suficientes que constituyen su estructura conceptual. Sin embargo, si el derecho es una práctica social, cuya naturaleza es discutible y se encuentra sujeta a revisión, entonces el positivismo jurídico sería, en efecto, una posición normativa, y por lo tanto no podría culparse a Schauer de realizar una expresión de deseos.

⁸ El utilitarismo que procura la satisfacción de las preferencias otorga el fundamento moral a la mayoría de las teorías normativas, tanto económicas como del derecho normativas. Para una idea general, véase KAPLOW y SHAVELL 2002.

⁹ Véase, v.g., BRICKER 1999; HAEMMERLI 1999; HOUSMAN 1992; LILICH 1997; WRIGHT 2002. Véase también Symposium on Kantian Legal Theory 1987.

¹⁰ El empleo, en general, de la teoría de Rawls y, en particular, de la posición original en diferentes formas, se ha vuelto un lugar común en la doctrina jurídica. Véase, v.g., JACKSON 1986 (derecho de quiebras); GORDON 1989 (derecho de la propiedad intelectual); SCHROEDER 1986 (derecho de daños). Véase también SOLUM 1994b (que discute el uso de la teoría de Rawls en la doctrina jurídica y en las sentencias judiciales).

críticos libertarios¹¹ y comunitaristas¹², han llamado fuertemente la atención de los teóricos del derecho.

Sin embargo, en el ámbito de la teoría del derecho excepcionalmente se han realizado reflexiones generales sobre los mencionados progresos de la filosofía moral. La filosofía del derecho (llevada a cabo tanto por filósofos como por juristas) sólo recientemente ha prestado atención a uno de los avances más significativos de la teoría moral de la segunda mitad del siglo XX: el surgimiento de la ética de las virtudes.

Una gran afluencia de artículos y monografías acerca del tema muestra el interés de los filósofos por la ética de las virtudes¹³. En lo que se refiere al derecho, la situación ha sido diferente, ya que prevalece la hegemonía de las teorías deontológicas y utilitaristas, al menos entre los teóricos del derecho de la tradición del *common law*¹⁴. Hay, no obstante, un número creciente de excepciones a esta hegemonía¹⁵, incluyendo trabajos sobre derecho de la competencia¹⁶, derecho civil¹⁷, derecho societario¹⁸, derecho penal¹⁹, derecho laboral²⁰, derecho

¹¹ El clásico contemporáneo es NOZICK 1977. Aplicaciones a la doctrina jurídica, cfr. v. g., BYRNE 1995; CARENS 1987; GARCIA 2000. Se ofrece una teoría del derecho libertaria influyente en BARNETT 1998; véase también FLEMING 2000 (debatiendo con Barnett) y SOLUM 1999 (debatiendo con Barnett).

¹² Una importante crítica comunitarista se encuentra en SANDEL 1988. Pueden verse debates entre académicos del derecho sobre este punto en, v. g., BAKER 1985; FORBATH 2001; QUINN 2000.

¹³ Véanse las fuentes citadas en la nota *supra*.

¹⁴ Con respecto a un modo particularmente cohibido de debatir con las teorías deontológicas y utilitaristas, a expensas de la ética de las virtudes, véase STRUDLER y ORTS (1999, 381-82 n. 20): "A los fines de este artículo, identificamos al utilitarismo como la principal alternativa normativa de la teoría deontológica. Eso lo hacemos por dos razones. Primero, los defensores del análisis económico, enfoque dominante de los estudios sobre tráfico de información privilegiada, frecuentemente consideran al utilitarismo como el fundamento moral del análisis económico... Segundo, el utilitarismo ha sido históricamente percibido como el más fuerte competidor contra la deontología... Debido a cuestiones de extensión, hemos tenido que hacer algunas elecciones de edición sobre las teorías morales con las que debatiremos y omitir debates con teorías distintas a las de la deontología y el utilitarismo. Nuestra intención no es desestimar ni a la ética de las virtudes, ni a la teoría del desarrollo moral, ni a la teoría del contrato social, ni a ninguna de las otras teorías morales con las que no debatimos".

¹⁵ Véase, v.g., ARAUJO 1994; BROSNAN 1989; GALSTON 1994; GARCIA 2001; HEYMAN 1992; HIRSCHMAN 1990; 1992.

¹⁶ ROBERTSON 2000.

¹⁷ ARAUJO 2002, 433-434.

¹⁸ AARONSON 1995; BAINBRIDGE 1997; BECK-DUDLEY 1996; NESTERUK 1996a; 1996b.

¹⁹ Véanse HUIGENS 1995; 1998, 2000a; 2000b; 2002 y MULLER 1993.

²⁰ SULENTIC 2001.

ambiental²¹, derecho de daños²², ética jurídica²³, justicia militar²⁴, pedagogía²⁵ y cuestiones jurídicas vinculadas al interés público²⁶.

La “ética de las virtudes” y la “epistemología de las virtudes” no son teorías monolíticas y, por lo tanto, no podré en esta oportunidad siquiera intentar presentar una versión plenamente desarrollada de cualquiera de estas dos aproximaciones a la Ética. Asumiré (sin argumentar a favor de ella) la proposición que afirma que la ética de Aristóteles cuenta como un ejemplo de la ética de las virtudes²⁷. En tanto sea posible, intentaré evitar las múltiples controversias que rodean a las diferentes variedades de la ética de las virtudes y de la epistemología de las virtudes. Además, es obvio que no podré ofrecer una defensa de cualquiera de estas dos teorías contra aquellos que las critican.

B. Virtue jurisprudence

Una explicación completa sobre las consecuencias que tienen la ética y la epistemología de las virtudes para la filosofía del derecho es un asunto demasiado extenso. Las siguientes son algunas de las cuestiones planteadas por la teoría del derecho centrada en las virtudes:

- La ética de las virtudes tiene consecuencias sobre la concepción de los fines apropiados o correctos de la legislación. Si la finalidad del derecho es hacer virtuosos a los ciudadanos (en lugar de maximizar la utilidad o de hacer efectivo un conjunto de derechos morales), ¿cuáles son las implicancias para el contenido de las leyes?²⁸
- La ética de las virtudes también tiene implicancias para la ética jurídica. Los enfoques actuales de la ética profesional del abogado hacen

²¹ GABA 1999a y HARSCH 1999.

²² FELDMAN 2000; ver SIMONS 2001.

²³ ARAUJO 1997; COCHRAN 1996; 1998; 2000; FELDMAN 1996; 1999; PERKINS 1998; SHAFFER 1993; SMITH y MONTROSS 1999; TREMBLAY 1996b.

²⁴ HUDSON 1999; OSIEL 1998.

²⁵ AARONSON 1998; HIRSCHMAN 1993.

²⁶ TREMBLAY 1999a.

²⁷ Es discutible si Aristóteles tenía una ética de las virtudes, entendida en el sentido contemporáneo. No voy a entrar a este debate. La posición que le atribuyo a Aristóteles sirve a los fines de este trabajo, aun si resulta ser una variación neo-aristotélica, en cierta forma inconsistente con la teoría propia de Aristóteles.

²⁸ Para un debate sobre la relación entre la legalidad y la virtud en Aristóteles, cfr. KRAUT 2002. Para un enfoque contemporáneo que enfatiza el cultivo de la virtud como la finalidad del derecho, véase GEORGE 1995.

hincapié en la teoría moral deontológica; es decir, en los deberes hacia los clientes y en el respeto de su autonomía. Estos enfoques se encuentran reflejados en varios códigos de conducta profesional, ideados por abogados, jueces y legisladores. ¿Cómo podemos replantear la ética jurídica desde una perspectiva centrada en las virtudes?²⁹

- Las explicaciones sobre la virtud de la justicia (en particular, las teorías sobre lo justo natural de Aristóteles y Tomás de Aquino) tienen consecuencias para los debates entre iusnaturalistas y positivistas sobre la naturaleza del derecho³⁰.

Sin embargo, en esta ocasión limitaré mi atención a las consecuencias de una aproximación centrada en las virtudes para una teoría normativa de la decisión judicial. Las teorías normativas responden a la siguiente pregunta: ¿cómo deberían decidir los jueces las controversias que se les presentan? Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes ofrece una respuesta dentro de la siguiente línea: los jueces deberían decidir sobre sus casos conforme a las virtudes; es decir, los jueces deberían decidir como lo haría un juez virtuoso.

A modo de aclaración, no pretendo afirmar que las teorías del derecho deberían centrarse en el acto de juzgar³¹. Tampoco estoy realizando afirmación alguna sobre los méritos relativos de la creación judicial de Derecho y la legislación³². Todos ellos son temas importantes, y que la *virtue jurisprudence* ha de abordar. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes es simplemente un punto de partida³³.

²⁹ Para una explicación que enfatiza la virtud, y especialmente a la *phronesis*, sin estar enraizada en una ética de las virtudes contemporánea, véase KRONMAN 1993. Para otras explicaciones que conectan en forma más directa la ética jurídica con la ética de las virtudes, véase la bibliografía citada *supra* en la nota número 23.

³⁰ La relación entre la explicación dada por Aristóteles sobre la justicia y los debates acerca de la naturaleza del derecho es notoriamente oscura. Para una lectura de Aristóteles altamente sugestiva, véase la importante y esclarecedora discusión del libro V de la *Ética Nicomáquea* en KRAUT 2002, 98-177.

³¹ Aunque las cuestiones abordadas se refieren a las teorías sobre la decisión judicial, no es mi intención insinuar que la *virtue jurisprudence* debería enfocarse sólo en las virtudes de los jueces. Una *virtue jurisprudence* completa también debería ofrecer explicaciones de las virtudes de los legisladores, de los representantes del poder ejecutivo, ciudadanos y otros actores jurídicos, además de una teoría sobre la decisión judicial. No obstante, la labor judicial es un supuesto importante, al menos en parte porque las teorías sobre la decisión judicial son relevantes para la teoría del derecho contemporánea.

³² Véase, en general, WALDRON 1999.

³³ Otros recientes usos de las fuentes aristotélicas para el desarrollo de una teoría sobre la decisión judicial pueden encontrarse en MODAK-TRURAN 2000 y HENRY 1999. Mi propio trabajo previo sobre una teoría de la decisión judicial centrada en la virtud puede verse en SOLUM 1988; 1990; 1994a.

C. *¿Qué es una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes?*

• *Más allá de una teoría “débil” sobre la virtud judicial*

Existe un sentido en el que la noción de virtud judicial es probablemente incontrovertida. A cada teoría normativa de la decisión judicial le corresponde una descripción de las cualidades que hacen a un buen juez. Si no somos demasiado exigentes en la selección de cualidades que estamos dispuestos a llamar “virtudes” o “excelencias”, podemos entonces ofrecer distintas descripciones de las virtudes judiciales que se ajusten a varias teorías de la decisión judicial.

La teoría de Ronald Dworkin sobre el derecho como integridad es un ejemplo de una teoría de la decisión judicial³⁴. A grandes rasgos, podríamos decir que Dworkin cree que los jueces deberían decidir los casos de acuerdo con la teoría normativa del derecho que mejor se ajusta y justifica al derecho en su conjunto. Para que los jueces puedan hacer esto de modo confiable, necesitarán poseer ciertas características que podemos llamar virtudes judiciales –características en grado de excelencia adecuadas al rol de juez–. En la teoría de Dworkin, por ejemplo, la virtud intelectual de la sabiduría teórica es claramente un prerrequisito para la excelencia judicial. El juez imaginario de Dworkin, Hércules, decide sus casos mediante la construcción de la teoría que mejor se adapta y justifica al derecho en su conjunto; y esta tarea sólo puede ser cumplida por alguien capaz de apreciar la complejidad del derecho, y de ver las sutiles interconexiones existentes entre las diversas doctrinas jurídicas, sintetizadas en la consigna que afirma que “el derecho es una red sin fisuras”³⁵.

Las diversas teorías normativas sobre el derecho pueden dar lugar a diferentes enumeraciones de aquellas características en grado de excelencia necesarias para la toma de decisiones por parte del juez. Si algunas cualidades del carácter del juez son necesarias para que este último pueda tomar decisiones confiables según lo establece cualquier teoría normativa aceptable sobre la decisión judicial, entonces un listado de estas cualidades vendría a constituir lo que llamo una teoría “débil” sobre la virtud judicial. Podríamos realizar una

³⁴ Véase DWORKIN 1978; véase también DWORKIN 1986.

³⁵ MATTLAND (1898, 13): “Tal es la unidad de toda la historia que cualquiera que intente contar una parte de ella debe sentir que su primera oración rasga una red sin fisuras”; véase también *Transworld Airlines v. American Coupon Exchange* (1990, 685) en donde se discute acerca de “la frecuentemente proclamada red sin fisuras del derecho”; *Kleinwort Benson Ltd. Appellant v. Lincoln City Council Same Respondent* 1999 (opinión de Lord Goff of Chieveley).

analogía entre una teoría de este tipo y la noción de Rawls sobre los bienes primarios³⁶ que, a pesar de que a veces son (erróneamente) entendidos como medios para cualquier propósito, sirven a la realización de lo que cada uno concibe como una buena vida. Desde esta perspectiva, las virtudes judiciales son simplemente aquellas cualidades del carácter necesarias para realizar la propia concepción de una buena decisión judicial. Por lo tanto, una teoría de las virtudes judiciales débil podría incluir la virtud intelectual de la sabiduría teórica, que es aceptablemente necesaria para que los jueces puedan comprender el material jurídico complejo. Asimismo, e independientemente de las teorías particulares sobre la buena decisión judicial a las que cada uno se pueda adscribir, puede resultar que ciertos vicios sean, en todos los casos, inconsistentes con la toma de decisiones judiciales confiablemente buenas. Los jueces que son cobardes en relación a sus deberes cívicos, y que buscan servilmente la aprobación de los demás, pueden resultar incapaces de adherir confiablemente a cualquier teoría aceptable sobre cómo han de tomarse buenas decisiones judiciales. Un reparo similar puede realizarse sobre aquellos jueces desmedidos o avaros, y por ende propensos a acuerdos deshonestos (*sharp dealing*), o susceptibles de ser sobornados. Por lo tanto, también el coraje cívico y la templanza podrían ser considerados virtudes judiciales débiles.

- *En qué se distingue una teoría centrada en las virtudes*

Este trabajo se enfoca en una teoría de la decisión judicial basada en las virtudes como parte de la *virtue jurisprudence*. El objetivo es proporcionar argumentos que hagan plausible una teoría centrada en las virtudes y para cumplir con esta tarea necesitamos criterios que distingan a una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes de una teoría sobre el carácter judicial que podría ser incorporada como un módulo dentro de teorías opuestas sobre la decisión judicial. ¿Qué hace a una teoría centrada en las virtudes distinta?

Deberé aproximarme a esta pregunta explicando las diferencias entre una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes y una teoría débil sobre la virtud judicial. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes se diferencia de una teoría débil sobre la virtud judicial en dos aspectos. En primer lugar, porque no se limita a aquellas cualidades del carácter judicial que podrían ser consideradas como medios para tomar buenas decisiones en cual-

³⁶ Véase RAWLS 1999; §60, 347-350.

quier teoría aceptable sobre qué se considera una buena decisión. Por ende, la explicación que propongo podría ser caracterizada como una teoría “robusta”, en contraposición a aquellas teorías “débiles”, sobre la virtud judicial. Pero esto no es suficiente para hacer que una teoría se centre en las virtudes. Por ejemplo, podría ocurrir que la teoría del derecho como integridad pudiera incorporar una teoría robusta sobre las virtudes judiciales. El juez Hércules de Dworkin podría necesitar de la virtud de la integridad judicial para poder contar con una especial preocupación por la coherencia del derecho. Esta virtud puede no ser importante para una teoría de la decisión judicial basada en un utilitarismo del acto³⁷.

En segundo lugar, una teoría débil sobre la virtud judicial no es capaz de enfocarse en el carácter judicial, como algo diferente de la decisión judicial. Varias teorías normativas sobre la decisión judicial se centran en la decisión (o en el resultado). Este tipo de teorías ofrece una serie de criterios para determinar lo que debería considerarse como una decisión buena, correcta, justa o jurídicamente válida. Para una teoría de la virtud centrada en la decisión, la noción de una decisión correcta es fundamental y, por ende, las virtudes judiciales derivarán de aquélla. Esto permite comprender por qué la descripción que Dworkin hace de Hércules comienza con los criterios para tomar buenas decisiones, para luego, a partir de allí, construir al juez ideal, capaz de pronunciar dichas decisiones. Una teoría centrada en las virtudes no procede de este modo. Comenzaré con una explicación de cómo es un juez virtuoso como criterio primario y de allí derivaré la noción de decisión virtuosa.

A modo de aclaración, es menester considerar algunas de las afirmaciones que una teoría centrada en las virtudes no necesita realizar. Para que una teoría sobre la decisión judicial se centre en las virtudes, no necesita afirmar que la acción de juzgar puede ser explicada sola y exclusivamente haciendo referencia a las virtudes. Por lo tanto, una explicación completa sobre una decisión judicial correcta, justa o virtuosa necesariamente hará referencia a hechos sobre el mundo (incluso sobre los hechos de las controversias que los jueces deciden)

³⁷ No es mi intención afirmar que una teoría utilitarista del acto no sería capaz de defender la integridad judicial. Simplemente sostengo que uno plausiblemente podría argüir que el interés por la coherencia no necesariamente figuraría como una virtud para una teoría que mide la rectitud de las decisiones judiciales en función de sus consecuencias. Una teoría de la decisión judicial basada en un utilitarismo de la regla, en cambio, podría necesitar la virtud de integridad judicial.

y hechos jurídicos (incluyendo aquellos hechos sobre los cuales las normas fueron sancionadas válidamente o sobre sentencias anteriores que son precedentes vinculantes, etcétera). Una teoría centrada en las virtudes debe sostener que las virtudes judiciales constituyen una parte necesaria de la mejor teoría sobre la decisión judicial, y que la virtud judicial juega un rol central, tanto explicativa como normativamente. Una teoría fundada en las virtudes no pierde su estatus simplemente por no limitar sus recursos explicativos exclusivamente a las virtudes³⁸.

- *Los objetivos de este proyecto*

Concluiré estas notas introductorias con un comentario sobre los objetivos de este trabajo. El desarrollo de una teoría sobre la decisión judicial basada en las virtudes nos permite avanzar en dos frentes. En primer lugar, contribuye a nuestra comprensión de la teoría del derecho, tanto normativa como explicativa. En particular, una teoría sobre la decisión judicial centrada en las virtudes organiza nuestra visión acerca de cómo los jueces llevan y deberían llevar a cabo su labor. Este es mi objetivo principal, así como el foco explícito de este trabajo.

Sin embargo, también hay un segundo objetivo. El desarrollo de la *virtue jurisprudence* puede proporcionar un contexto inteligible para poner a prueba diversas teorías sobre la ética de las virtudes o sobre la epistemología de las virtudes. Por ejemplo, si la ética de las virtudes ofrece una alternativa genuina a teorías opuestas sobre la moral (como son las teorías deontológicas y consecuencialistas), entonces debe poder encargarse del caso especial de cómo ha de juzgarse adecuadamente. Si la ética de las virtudes puede proporcionar una explicación sobre la decisión judicial mejor que las teorías morales deontológicas o consecuencialistas, entonces tenemos una razón a favor de la ética de las virtudes y en detrimento de sus teorías rivales.

Con respecto a este segundo objetivo, la *virtue jurisprudence* aborda un desafío especialmente importante para la ética de las virtudes. A grandes rasgos, podríamos decir que la ética de las virtudes es particularmente apropiada

³⁸ Efectivamente, es difícil imaginar cómo una teoría podría explicar el ejercicio de juzgar sin hacer referencia a otros conceptos aparte de las virtudes. Resulta obviamente necesario hacer referencia a hechos acerca del mundo y del derecho para describir los casos que los jueces deciden. La pregunta que cabe hacerse no es si admitimos aquellos hechos en nuestra teoría centrada en las virtudes, sino cómo dichos hechos se relacionan con las virtudes judiciales.

para lidiar con aquellos elementos de la vida ética que no son adecuadamente tenidos en cuenta por las reglas morales. La ética de las virtudes se favorece de la observación de que no hay un procedimiento general para la ética³⁹. En cambio, la ética de las virtudes se encuentra en una situación más complicada en los casos en los que la adhesión a las reglas y a los procedimientos de toma de decisiones es en gran medida intuitivamente plausible. La acción de juzgar parece ser el caso paradigmático en el que deseamos que haya adhesión a reglas vinculantes y procedimientos de toma de decisiones transparentes. Si la ética de las virtudes puede extender su alcance para abordar las decisiones judiciales, habrá triunfado en un ámbito donde muchos habrían esperado que fracasara.

II. UN ESBOZO DE UNA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL CENTRADA EN LAS VIRTUDES

En este punto bosquejaré una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes. El objetivo de esta sección es desarrollar una explicación sobre el buen carácter judicial. Cumpliré esta tarea en cuatro pasos. El primero de ellos consiste en una breve reseña sobre los modos en los que los jueces pueden acabar siendo sistemáticamente defectuosos: ¿cuáles son los defectos característicos del carácter judicial? En el segundo paso se describe el tipo de carácter judicial capaz de evitar estos defectos: ¿qué hace a un juez realmente excelente? En el tercer paso se analiza la virtud de la justicia: ¿qué cualidades intelectuales y de carácter hacen a un juez justo? El cuarto y último paso consiste en determinar una teoría de la buena decisión judicial como una función del apropiado carácter judicial: ¿cuál es la relación entre las decisiones judiciales correctas y el adecuado carácter judicial? Podemos reformular estas cuatro preguntas en el lenguaje de las virtudes de la siguiente manera:

- ¿Cuáles son los vicios judiciales?
- ¿Cuáles son las virtudes judiciales?
- ¿Qué es la virtud de la justicia?
- ¿Cuál es la estructura de una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes?

Cada tema será considerado en el orden correspondiente.

³⁹ Cfr. RAWLS 1951.

A. *¿Cuáles son los vicios judiciales?*

Comenzaré por los vicios judiciales porque, si bien existe una considerable controversia sobre qué constituye una buena decisión judicial, hay un considerable consenso acerca de algunas de las características que hacen a un juez verdaderamente malo. Comencemos con estos casos fáciles para, a partir de ellos, poder elaborar una descripción de las virtudes judiciales.

- *Corrupción*

El primero (y quizás el peor) de los vicios judiciales es la avaricia o la corrupción. Sabemos, a partir de la experiencia, que la corrupción es un verdadero peligro para los jueces. La avaricia judicial se expresa en la forma evidente y obvia de solicitar y aceptar un soborno, y de forma más sutil en los conflictos de intereses financieros, al intercambiar de antemano el conocimiento acerca del resultado de los procesos judiciales, o mediante el dictado de una sentencia que beneficiará una compañía de la que el juez es accionista⁴⁰. Desde luego, la corrupción no es un vicio exclusivamente judicial, pero la corrupción judicial es particularmente nociva, dado que los jueces ocupan una posición de confianza, y porque la corrupción judicial generalmente conduce a graves injusticias para terceras partes inocentes que no tienen la posibilidad de protegerse. En otras palabras, una decisión judicial corrupta puede llevar a denegarle al demandado o al demandante aquello que les corresponde conforme a derecho. La corrupción es una falta especialmente nefasta en el carácter judicial, porque lo que esperamos es que los jueces demuestren un ejemplar respeto a la ley. Un juez corrupto o avaro se interesa demasiado en las recompensas materiales o en los placeres que aquéllas proporcionan y acepta las recompensas equivocadas de las personas equivocadas por razones equivocadas.

Cabe destacar, sin embargo, que nuestra objeción a la avaricia judicial no se reduce a la preocupación de que los litigantes obtengan lo que les corresponde. Muchas decisiones judiciales son discrecionales. Poniendo a un lado la cuestión controvertida que plantea si los “casos difíciles” –en el sentido en que lo expresa Dworkin– incluyen a la discreción, hay muchos asuntos (tales como el número de testigos permitido en un proceso en particular) en los que la

⁴⁰ Para desarrollos generales sobre la corrupción judicial y los esfuerzos para controlarla, véase National Commission on Judicial Discipline and Removal 1993; SIMON 1994.

decisión de un juez no se encuentra restringida por regla alguna. Una decisión corrupta en un asunto de este tipo es mala, aun cuando no priva a ninguna de las partes de aquello que les corresponde. Es más, una decisión corrupta es incorrecta, aun cuando les otorga a las partes aquello de lo que son titulares en virtud del derecho. Un juez no es mejor por dictar una sentencia correcta si para hacerlo acepta un soborno.

- *Cobardía cívica*

El segundo vicio es la cobardía judicial. Con esto no me refiero a una disposición a un temor excesivo, sea solo o fundamentalmente frente al peligro a sufrir un daño *físico*. En los Estados Unidos y en el Reino Unido, los jueces raramente toman decisiones que los expongan a un riesgo significativo de sufrir daños. Tal riesgo puede ser más común en otras culturas; por ejemplo, la represalia narco-terrorista contra los jueces en Colombia es algo común. Aun en sociedades relativamente estables, no es inusual enterarse de una amenaza de muerte contra un juez. Más frecuentemente, los jueces pueden temer la destitución de su cargo o la pérdida de la oportunidad de ser ascendidos. La elección de los jueces es algo común en los sistemas judiciales estatales, como el de Estados Unidos. En algunos sistemas jurídicos, los jueces son ascendidos de tribunales inferiores a tribunales superiores a través de un sistema de promoción de funcionarios públicos. Incluso en un sistema en el que los jueces ocupan su cargo de manera vitalicia (como en el sistema federal de los Estados Unidos), las oportunidades para ser ascendidos a tribunales superiores u otras posiciones de prestigio pueden depender de que los jueces se abstengan de tomar decisiones impopulares en asuntos de interés público. Dicho de forma más simple, los jueces pueden temer la opinión pública y la opinión de los poderosos, así como las consecuencias que dichas opiniones pueden tener para las posiciones sociales que ocupan. Los jueces que presentan el vicio de la cobardía cívica temen demasiado por sus carreras y por su prestigio social y, por ende, son influenciados por la preocupación acerca de su propia reputación en ocasiones erradas y por motivos errados.

Las decisiones judiciales cobardes son malas por razones que son en buena medida las mismas por las que las decisiones corruptas son malas. Los jueces que condenan a imputados criminales impopulares porque temen no ser reelectos son proclives a dictar sentencias que son injustas porque niegan al acusado aquello que le corresponde. Además, una sentencia cobarde es criticable aun si su resultado se encuentra dentro del ámbito de discrecio-

nalidad del juez o si, de hecho, es jurídicamente correcta. Tomar buenas decisiones judiciales exige que se arribe a la decisión correcta por el motivo correcto.

- *Mal temperamento*

Un tercer vicio judicial es el mal temperamento. Los juicios en particular y los procesos civiles y penales generalmente traen aparejados una carga emocional. Los imputados penales, demandantes y demandados y sus abogados pueden no estar de acuerdo, criticar e incluso faltar el respeto a los funcionarios judiciales. Los jueces que se enojan fácilmente, o que guardan resentimientos que ocasionalmente estallan de forma inapropiada, son capaces de perjudicar el proceso judicial. La indignación puede nublarles el juicio, llevándolos a tomar decisiones erróneas o en las que ejercitan su discreción en una manera sesgada o parcial. Aun cuando la ira inapropiada no afecte directamente el resultado de los procedimientos judiciales, aquélla es capaz de socavar la confianza, tanto de las partes intervinientes como del público en general, en la imparcialidad del juez, y, por lo tanto, impedir la efectividad del proceso judicial como un mecanismo para resolver conflictos en un modo que gane la aceptación y el apoyo de aquellos a quienes afecta.

- *Incompetencia*

Los tres vicios judiciales que he considerado hasta ahora (avaricia, cobardía y mal carácter) constituyen defectos de los jueces en sus emociones, deseos o sus estados afectivos. ¿Qué ocurre con los defectos de su intelecto? A veces, el derecho es sutil o complejo, y un juez puede equivocarse si no es capaz de comprenderlo. Cuando los jueces se equivocan al interpretar la ley, sus decisiones son injustas. El juez que fracasa en la comprensión de una regla compleja o de una distinción sutil carece de las herramientas para dar en el blanco de un resultado jurídicamente correcto de manera confiable. Por supuesto, incluso un arquero con los ojos vendados puede dar en el blanco, e incluso un juez incompetente puede tropezar con un resultado jurídicamente correcto. Sin embargo, si se trata de una decisión que requiere una justificación en forma de una opinión escrita, aun un acierto con suerte sobre el resultado no salvará al juez que carezca de la habilidad para captar intelectualmente el derecho. Una opinión bien razonada sobre un asunto jurídico complejo no puede ser producto de la buena suerte. Por otra parte, en un sistema que incorpora la

regla del *stare decisis*, una opinión mal redactada puede provocar un injusticia al decidir otros casos, aun cuando el resultado en el caso en el que la decisión fue dictada hubiera sido correcto.

Aunque los abogados están familiarizados con el problema de los jueces intelectualmente deficientes, nuestro vocabulario común no es lo suficientemente rico para referirse a este vicio. Podríamos decir que un juez intelectualmente deficiente sufre de incompetencia judicial, o también podríamos emplear una locución menos directa, diciendo que aquellos jueces “no son brillantes”, son “algo torpes”, o, de forma más peyorativa, son “estúpidos”.

- *Necedad*

Si uno de los errores intelectuales se relaciona con la complejidad o sutileza jurídica, hay otro tipo de falla intelectual que está asociada con una falta de buen juicio. Un juez puede ser necio porque carece de la habilidad para distinguir lo realizable de lo irrealizable. Una falla relacionada es la inhabilidad para distinguir entre los aspectos importantes y triviales de una controversia. Un juez pobre de carácter no será capaz de diferenciar entre testigos honestos y mentirosos, ni de discernir entre un ejercicio celoso de la abogacía y la adopción de acuerdos deshonestos (*sharp dealing*). Incluso los jueces que tienen una gran comprensión teórica del derecho pueden equivocarse gravemente si carecen de sentido común y de un buen juicio práctico.

Los errores en que incurren los jueces en sus juicios prácticos pueden acarrear graves consecuencias. La responsabilidad judicial se extiende más allá de la simple tarea de entender el derecho correctamente y luego aplicarlo a hechos no controvertidos. Quizás el ejemplo más claro de los peligros que acarrea un juicio equivocado es el de la medida cautelar compleja. Las consecuencias de un juicio equivocado que decide una medida cautelar sobre una institución compleja, tal como un sistema penitenciario o un distrito escolar, pueden ser muy graves. Aplicar correctamente el derecho puede ayudar al juez a vislumbrar el objetivo jurídico que requiere la supervisión continuada de una medida cautelar compleja. Sin embargo, esto no es suficiente. Una orden irrealizable o una mala asignación de recursos pueden tener consecuencias devastadoras, aun cuando no medie un error de derecho.

Detengámonos ahora a examinar nuestra breve e incompleta lista de vicios judiciales. Los jueces que son avaros, cobardes, estúpidos, poco prácticos o que tienen mal temperamento son propensos a errar sistemáticamente en sus decisiones. Entonces, ¿cuáles son las cualidades del carácter que

evitan estos defectos? ¿Cuáles son las cualidades del carácter que disponen al juez a tomar decisiones excelentes? En otras palabras, ¿cuáles son las virtudes judiciales?

B. *¿Cuáles son las virtudes judiciales?*

Nuestra investigación sobre los vicios judiciales sugiere que la virtud judicial tiene mucho en común con la excelencia humana en general. Las virtudes intelectuales de la sabiduría teórica y práctica y las virtudes morales de fortaleza, templanza y buen temperamento son necesarias para alcanzar la excelencia en las decisiones judiciales, de la misma manera en la que son necesarias para el florecimiento de cualquier vida humana. Para expresar lo mismo de forma negativa, una persona viciosa –alguien que es necio, carece de sentido común, es avaro, cobarde o proclive a la ira desproporcionada– carece de las herramientas necesarias para alcanzar la excelencia en cualquier emprendimiento de la vida social⁴¹, incluyendo la carrera judicial.

Asumiendo que la excelencia judicial requiere la posesión de las virtudes al menos en algún grado, el próximo paso es ofrecer una descripción de las virtudes que operan en el contexto del razonamiento o la decisión judicial. Brevemente describiré cinco aspectos de la virtud judicial: (1) la templanza judicial; (2) la fortaleza judicial; (3) el buen temperamento judicial; (4) la inteligencia judicial; y (5) la sabiduría judicial. También abordaré la virtud de la justicia, pero esta cuestión se verá más adelante debido a los problemas particulares que plantea la justicia⁴².

Antes de proceder a describir cada una de las virtudes enunciadas, es oportuno hacer dos aclaraciones. Primero, al denominar a estas cualidades “virtudes judiciales”, no es mi intención hacer ninguna afirmación definitiva acerca de su naturaleza subyacente. La psicología de las virtudes judiciales puede ser la misma que la de las virtudes en general. Los aspectos distintivos

⁴¹ No tengo claro si la virtud es necesaria para la excelencia en todos los ámbitos de la vida humana. Por ejemplo, es posible ser un gran pintor o un gran cantante, a pesar de tener un carácter vicioso. El argumento que sostengo en el texto es que la virtud se requiere para todas las empresas humanas que son sociales y prácticas por naturaleza, aunque no ofrezca una defensa para tal afirmación en esta oportunidad.

⁴² Para otras exposiciones sobre las virtudes judiciales, véase ARAUJO 1994; véase también GLENDON 1994; LUBAN 1992, 242-256; PINKARD 1992, 281-282.

de las virtudes judiciales pueden atribuirse a los contextos en los que son ejercidas⁴³. Dado que los jueces asumen un rol especial y enfrentan situaciones que se distinguen de las circunstancias enfrentadas por el resto de nosotros, las virtudes que ellos ejercitan pueden describirse en un modo distintivo. En segundo lugar, la lista de virtudes judiciales ofrecida aquí es ilustrativa, no exhaustiva⁴⁴. Una buena decisión judicial requiere algo más que estas cinco cualidades del carácter.

- *Templanza judicial*

Consideremos primero a la virtud de la templanza. La buena toma de decisiones judiciales requiere que los propios deseos estén en orden. Esto último resulta obvio cuando se contraponen el juez templado al juez que carece de la habilidad de controlar sus apetitos. Los jueces que se preocupan demasiado por su propio placer son propensos a la tentación, proclives a ser desviados del curso de la razón y la justicia por las incitaciones del placer. Un juez libertino podría caer en placeres que interfieren con las pesadas exigencias deliberativas de su cargo. Por lo tanto, la expresión “sobrio como un juez” refleja el entendimiento popular sobre el hecho que la autocomplacencia excesiva de placeres hedonistas interferiría con la excelencia del rol judicial.

Como sucede en el caso de la templanza en general, es un poco difícil ver a la virtud de la templanza judicial como un medio entre dos vicios opuestos. El ascetismo puede interferir con el florecimiento de la vida humana, pero no es tan claro si interfiere de manera distintiva con las exigencias que recaen sobre los jueces. Quizás un ascetismo judicial extremo interferiría con la habilidad del juez para entender e identificarse con las motivaciones y deseos de los abogados, de las partes y de los testigos. Si el ascetismo fuera un vicio judicial, la explicación recaería en la conexión de esta cualidad con una falta de buen juicio práctico.

⁴³ El uso del vocablo “puede” indica que no tomo una posición en este punto. No estoy descartando la posibilidad de que los buenos jueces desarrollen respuestas emocionales que son psicológicamente diferentes de aquellos que no ocupan este u otro rol social relativamente similar.

⁴⁴ Varios lectores han sugerido virtudes judiciales que pueden agregarse a mi lista. Por ejemplo, a veces se les requiere a los jueces en los sistemas de *common-law* que redacten la opinión que fundamenta sus decisiones. Para hacer esto bien, los jueces necesitan ciertas habilidades y capacidades que podrían ser llamadas virtudes, tales como la elocuencia y la agudeza.

- *Fortaleza judicial*

Una segunda virtud, la fortaleza judicial, corresponde al vicio de la cobardía cívica. La virtud moral ordinaria de la fortaleza es a veces concebida como un ejemplo relativamente claro de la doctrina de Aristóteles sobre el medio⁴⁵. La fortaleza es el medio frente a la emoción moralmente neutra del miedo. La disposición al miedo excesivo es la cobardía. El vicio opuesto, la temeridad, es la disposición insuficiente al miedo. El cobarde es intimidado fácilmente y no toma riesgos que valen la pena. La persona temeraria falla en percibir el peligro genuino y, por ende, es proclive a sufrir un daño por asumir riesgos imprudentes.

La fortaleza judicial es una forma de “valentía cívica”, distinguiendo a esta cualidad del carácter de la fortaleza con respecto al peligro físico. El juez valiente está dispuesto a arriesgar su carrera y su reputación en aras de la justicia. En el caso de la toma de decisiones judiciales, es un poco difícil ver a la virtud de la fortaleza judicial como un medio entre dos vicios opuestos. Si la cobardía cívica, demasiado miedo frente al riesgo, es un vicio judicial conocido, es un poco difícil imaginar a un juez al que interese demasiado poco su carrera y reputación. En circunstancias especiales, podemos imaginar un juez que está demasiado dispuesto a desechar su reputación e influencia en un caso por el que no vale la pena tal sacrificio. Pero este caso necesitará ser especial, porque en circunstancias ordinarias creemos que los jueces deberían obrar en todos los casos como el derecho y la justicia lo exigen, y no sólo en los casos importantes. Incluso los pequeños agravios que sufren las personas poco relevantes deberían ser importantes para los jueces⁴⁶. Quizás en una sociedad defectuosa, donde la habilidad propia para prevenir graves injusticias depende de la disposición propia para infligir una injusticia menor, podríamos decir que los jueces no deberían ser ni demasiado temerosos ni demasiado descuidados de los riesgos de las decisiones impopulares. Sin embargo, una sociedad así sería defectuosa simplemente por el hecho de poner a los jueces en esta posición.

Esto no implica afirmar que un juez no debería preocuparse por su reputación o por la opinión pública. Un juez con una buena reputación pública puede estar habilitado para realizar una buena labor judicial. La temeridad

⁴⁵ Para dudas sobre esto, véase PEARS 1980.

⁴⁶ Como Learned Hand dijo, “son las lesiones cotidianas, pequeñas y acumulativas de la gente pequeña, lo que venimos a proteger... si debemos mantener nuestra democracia, debe haber un mandato: no racionarás la justicia”. Véase BALDWIN 1997, 58.

cívica es sin duda un vicio. Es un error para los jueces sacrificar su reputación en las ocasiones equivocadas, por las razones equivocadas, o por hacer cosas equivocadas. Un juez puede participar en un comportamiento extrajudicial que le provoque vergüenza o lo ponga en ridículo. Pero el defecto aquí no es tener demasiado poco miedo al desprestigio cívico que pueden generar las decisiones impopulares. Más bien, es posible que haya algún otro defecto involucrado, como el mal carácter, la desmesura o el mal juicio, todas fallas que pueden resultar en una mala reputación o perjudicar las propias oportunidades para obtener algún tipo de reconocimiento o recompensa cívica social. Pero todos estos vicios también deberían ser evitados en sí mismos y no simplemente porque reflejen una falta de fortaleza cívica.

- *El buen temperamento judicial*

Una tercera virtud, el buen temperamento judicial, corresponde al vicio del mal temperamento. La cuestión tradicional en relación a la decisión judicial vinculada con el temperamento es ilustrada por la argumentación de Aristóteles sobre la virtud del buen temperamento, o *proates*: la disposición al enojo proporcionada a la provocación y a la situación⁴⁷. El buen temperamento es un medio entre las disposiciones excesiva y deficiente al enojo. El vicio de exceso fue ejemplificado en los Estados Unidos *circa* 1968 y 1969 por la ira desproporcionada del Juez Hoffman en el juicio de Chicago Seven: su indignación extrema produjo un espectáculo que socavó la confianza pública en la administración de justicia ordenada. Pero tardar mucho en enojarse también es un vicio judicial. Un juez que falla al responder con la indignación apropiada frente a la mala conducta puede tener un efecto similar, aunque sea menos dramático: un tribunal fuera de control es casi tan malo como uno en el que los litigantes se sienten maniatados y amordazados. La virtud del buen temperamento requiere que los jueces sientan la indignación en las ocasiones correctas por las razones correctas y que demuestren su enojo de una manera apropiada.

- *Inteligencia judicial*

El modo de corregir los vicios de la estupidez y la ignorancia judicial es una forma de *sophia*, o sabiduría teórica. Usaré la expresión *inteligencia judicial* para referirme a la excelencia en la comprensión y en la teorización sobre el

⁴⁷ ARISTÓTELES 1976, 1125b 27-31.

derecho. Un buen juez debe ser docto en el derecho; debe ser capaz de enfrentar razonamientos jurídicos complejos⁴⁸. Además, los jueces necesitan tener la habilidad de captar los hechos de las controversias que pueden involucrar disciplinas particulares tales como contabilidad, finanzas, ingeniería o química. Desde luego, la inteligencia judicial se relaciona con la sabiduría teórica en general, pero estas dos no son necesariamente idénticas. Los talentos que produce la sabiduría teórica en el derecho pueden ser diferentes de aquellos producidos por la virtud intelectual análoga en la física, la filosofía o la microbiología. O puede ser que la sabiduría teórica sea la misma para todas estas disciplinas. En caso de ser así, la inteligencia judicial puede ser simplemente sabiduría teórica general complementada con las habilidades o destrezas que generan un pensamiento jurídico refinado combinado con un profundo conocimiento del derecho.

- *Sabiduría judicial*

La última virtud de mi breve lista es la que corrige el mal juicio o la necedad. Emplearé la expresión *sabiduría judicial* para referirme a la posesión por el juez de la virtud de la *phronesis* o sabiduría práctica: el buen juez debe poseer la sabiduría práctica al seleccionar los fines y medios jurídicos apropiados⁴⁹. La sabiduría práctica es la virtud que permite hacer buenas elecciones en circunstancias particulares. La persona dotada de la sabiduría práctica sabe qué fines particulares merecen ser perseguidos y qué medios son los más adecuados para alcanzar aquellos fines. La sabiduría judicial es simplemente la virtud de la sabiduría práctica aplicada a las elecciones que deben hacer los jueces. El juez con sabiduría práctica ha desarrollado con excelencia la capacidad de conocer qué objetivos perseguir en el caso particular, y la capacidad de elegir los medios para alcanzar esos objetivos. En la literatura de la teoría del dere-

⁴⁸ Los jueces pueden ser doctos en el derecho en dos sentidos. Primero, deben ser ilustrados en el sentido de que realmente sepan mucho sobre el derecho que es relevante para su jurisdicción. Segundo, deben ser instruidos en el sentido de que deben disponer de las capacidades cognitivas, la experiencia y las habilidades que les permiten adquirir conocimientos jurídicos. Ser docto en el primer sentido no es una virtud intelectual, pero ser docto en el segundo sentido sí. Sin embargo, ser instruido en el primer sentido es probablemente una precondition para el desarrollo del conocimiento en el segundo sentido.

⁴⁹ Mi descripción sobre la *phronesis* ha sido influenciada por varias fuentes. Véase, v.g., MACINTYRE 1984; HARDIE 1980, 212-239; ENGBERG-PEDERSEN 1983. Para una discusión sobre la *phronesis* y el oficio jurídico, véase SCHARFFS 2001.

cho, la noción de “percepción de la situación” introducida por Karl Llewellyn comprende una gran parte del contenido de la idea de sabiduría judicial, que se corresponde con la virtud intelectual de la *phronesis*⁵⁰.

Esta descripción abstracta sobre la sabiduría judicial puede hacerse más concreta al considerar el contraste entre la sabiduría práctica y la sabiduría teórica en el contexto judicial. El juez con sabiduría teórica es un experto en dogmática jurídica, y tiene la habilidad de desarrollar un razonamiento jurídico sofisticado y de conocer las sutiles conexiones existentes de la doctrina jurídica. Pero incluso un juez dotado de la inteligencia judicial no necesariamente es un juez verdaderamente bueno, aun cuando emplee el procedimiento correcto de toma de decisiones al decidir judicialmente. ¿Por qué? Una respuesta a esta pregunta comienza aclarando la distinción entre inteligencia judicial y sabiduría judicial.

Para ilustrar la distinción entre la sabiduría teórica y la práctica, consideremos la argumentación que la Corte Suprema de los Estados Unidos hizo en el caso *Gentile v. State Bar of Nevada* (1991)⁵¹ sobre una regla constitucional que regía la libertad de expresión de los abogados. Gentile había sido sancionado por el colegio de abogados de Nevada porque en una conferencia de prensa había acusado de haber cometido un delito a un testigo cuyo testimonio perjudicaba a su cliente. Aunque la Corte revocó la condena con otros fundamentos, el presidente de la Corte Rehnquist, en su voto por la mayoría, sostuvo que el estándar que prohíbe a los abogados realizar declaraciones extrajudiciales que tengan “una considerable probabilidad de generar parcialidad o prejuicios concretos” usado en las reglas de ejercicio profesional (*Model Rules of Professional Conduct*) no violaba el derecho a la libertad de expresión del abogado; y desechó el argumento que sostenía que en estos casos era requerido por la constitución una versión del estándar del “peligro claro y presente”.

Sin perjuicio de los méritos que haya podido tener el debate teórico que se da en el caso *Gentile* sobre el correcto entendimiento del estándar de la primera enmienda, se pasa por alto un punto práctico esencial expresado por el exjuez de la Corte Suprema de Justicia de California Otto Kaus en *Younger*

⁵⁰ LLEWELLYN 1960 59-61, 121-157, 206-208; TWINING 1973 216-227; véase también FARBER 1991 (aplicación contemporánea de la idea de Llewellyn).

⁵¹ Véase SOLUM 1991, 16.

v. Smith (1973), un caso que involucraba un asunto muy similar al debatido en *Gentile*⁵². Como irónicamente afirmó el juez Kaus:

[L]os pedantes debates sobre el estándar correcto que exige la primera enmienda desarrollados en la apelación son sólo sana diversión, pero de muy poca ayuda para un juez de instrucción que debe acallar lo antes posible las fuentes que puedan dar publicidad al caso antes del juicio, si no quiere arriesgarse a pasar semanas o meses tratando un asunto que está destinado a ser revocado en caso de resultar en una condena. (*Younger v. Smith*, 1973, 160)

Requerir a un juez de instrucción que descubra que las conductas de un abogado crean un cierto *quantum* de riesgo “es simplemente requerirle que disfrace sus conjeturas de descubrimiento” (1973, 164), afirmó el juez Kaus. A los fines de nuestra explicación, el punto señalado por el voto de Kaus fue el siguiente: la sofisticación teórica no sustituye al juicio práctico. El estándar abstracto que mejor se adapta a los contornos de la doctrina de la libertad de expresión puede ser un desastre práctico si se basa en suposiciones falsas sobre lo que los jueces de instrucción pueden hacer.

Otto Kaus fue uno de los varios jueces del *common-law* cuya carrera ejemplifica la virtud de la sabiduría práctica o, como la llamo, sabiduría judicial. Como dijo el eminente abogado de apelaciones Ellis Horvitz sobre Kaus, “él poseía todas las virtudes judiciales importantes en un grado extraordinario”⁵³. La opinión de Kaus en *Younger* demuestra la relevancia de la virtud de sabiduría judicial en una instancia de apelación. La necesidad de sentido común en la instrucción o en la primera instancia es relativamente obvia: los jueces de los tribunales inferiores deben tener habilidades directivas que no pueden ser suplidas por la teoría jurídica⁵⁴. Pero la virtud de la sabiduría práctica es un prerequisite también para lograr la excelencia del razonamiento o las decisiones judiciales en una instancia de apelación⁵⁵. El juez prácticamente sabio intuye

⁵² *Younger* fue decidido mientras el juez Kaus era magistrado de la Corte de Apelaciones de California.

⁵³ Véase HORVITZ 1997.

⁵⁴ Véase RESNIK 1982.

⁵⁵ En comentarios realizados oralmente sobre un trabajo previo, Kent Greenawalt y Barbara Herman han sugerido que las virtudes de los jueces de primera y segunda instancia podrían presentar diferencias importantes de aquellas que debería presentar un juez de instrucción. Véase también Herman 1988, 1663-1664: “Si el rol social define a la virtud judicial, uno puede preguntarse si se da una unidad suficiente en rol desempeñado en las distintas instancias para ofrecer un conte-

cómo reaccionarán los abogados y las partes ante las decisiones judiciales. La sabiduría judicial es necesaria para poder determinar si una formulación doctrinaria puede funcionar en la práctica⁵⁶.

C. *¿Qué es la virtud de la justicia?*

He dejado una virtud fuera de la lista, y parece ser la virtud crucial en el caso de los jueces. Se trata de la virtud de la justicia. No me convence nombrar la forma o especie judicial de esta virtud “justicia judicial”, como se hizo al hablar de fortaleza judicial, sabiduría judicial o buen temperamento judicial. No porque no exista asociación entre justicia y labor judicial, sino más bien porque la asociación es demasiado cercana. Llamamos a los jueces de más alto rango “*justices*” (magistrados); a los edificios que ocupan, “palacios de justicia”; y a la labor que llevan a cabo, “administración de justicia”. Si sabemos algo sobre los jueces, es que deben ser justos. Si los jueces debieran poseer cualquier virtud, seguramente tendría que ser la virtud de la justicia.

- *La centralidad de la justicia*

Si la justicia es una virtud judicial, ¿cómo se relaciona con las demás virtudes? Parece claro que la virtud de la justicia es fundamental. Podemos imaginar un juez que tiene las virtudes naturales de templanza, fortaleza y buen temperamento. Supongamos también que este juez tiene el equipamiento intelectual correcto, solidez intelectual, un buen sentido de la practicidad y percepción de la situación en la materia jurídica. Pero si a tal juez le faltara la virtud de la justicia, todas las demás virtudes serían inútiles. Dejemos a un lado la cuestión de si uno pudiera carecer de justicia pero poseer todas las demás virtudes judiciales (como virtudes naturales)⁵⁷. Si, sólo como hi-

nido que sirva al término ‘buen juez’. Si hay diferencias radicales, entonces es posible cuestionar la transitividad de las virtudes requeridas en tribunales inferiores a tribunales superiores. Una lista exhaustiva de virtudes oscurecería en lugar de aclarar la cuestión”. Como sugiere el texto, no creo que haya diferencias fundamentales, pero una discusión completa de dicha cuestión está más allá de mi tarea en este trabajo.

⁵⁶ Hay mucho más para decir sobre la necesidad de sabiduría práctica en segunda instancia judicial. En esta ocasión, sin embargo, sólo puedo ofrecer una nota promisorio.

⁵⁷ Puede ocurrir que un juez no posea la virtud de la sabiduría judicial, o *phronesis*, y carezca de un sentido de justicia. Las cuestiones sobre la unidad de las virtudes judiciales serán tratadas más abajo.

pótesis, pudiéramos imaginar un hombre injusto que está plenamente de intelecto y las virtudes naturales con excepción de la justicia, parece claro que un hombre de este tipo sería un juez particularmente malo⁵⁸. Analizando el problema desde el otro extremo, si pudiera existir un juez que careciera de virtudes naturales pero poseyera la virtud de la justicia muy desarrollada, podríamos estar frente a un buen juez pero no un muy buen ser humano. Fuera del estrado, la vida del juez justo (pero vicioso) podría ser un desastre, pero parecerían faltarnos fundamentos para criticarlo si todas sus sentencias fueran justas.

Dejando de lado este ejercicio intelectual, la hipótesis que proponemos es que la justicia es una virtud esencial para la excelencia en el razonamiento o la toma de decisiones judiciales. Sin la justicia, el razonamiento o las decisiones judiciales no pueden ser buenos. Con justicia, el razonamiento o la decisión judicial deben ser buenos. Podríamos decir que la justicia es la virtud cardinal del razonamiento o la toma de decisiones judiciales.

- *¿Es la justicia una virtud?*

Existen, sin embargo, varias dificultades con la incorporación de la virtud de la justicia en una teoría del razonamiento o la decisión judicial centrada en las virtudes. Una de esas dificultades es que no es fácil determinar el sentido en que la justicia es una virtud. Aristóteles calificó a la justicia como una virtud moral pero (como todo el mundo sabe) también notó que era difícil hacer encajar la justicia dentro del esquema de la virtud como un medio entre dos vicios opuestos con respecto a un estado afectivo moralmente neutro, como una emoción o un deseo⁵⁹. Si la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, o en hacer lo que es justo, entonces, ¿cuáles son los vicios opuestos? En el caso de un individuo, podríamos sentirnos tentados a postular que la justicia es un medio entre la disposición a tomar más de lo que a uno le corresponde y la disposición a tomar menos de lo que a uno le corresponde, pero esta solución tiene muchas dificultades conocidas, incluyendo el problema de que general-

⁵⁸ Este juez no tiene una disposición a actuar justamente. Aunque pueda seguir la ley, sólo lo hará por razones distintas de la justicia. Por ejemplo, podría verse motivado por el honor y el prestigio que traería aparejado dictar sentencias que sean vistas como legalmente correctas. Pero tan pronto como la justicia y el honor se separen, el juez irá tras este último en detrimento de aquélla.

⁵⁹ Véase WILLIAMS 1980.

mente no se considere como una forma de injusticia el tomar demasiado poco para uno mismo. En el caso de los jueces, esta solución no se encuentra disponible en ningún caso. Usualmente, los jueces no toman nada para sí mismos cuando cometen una injusticia⁶⁰.

Si la justicia no se ajusta al patrón de la templanza, la fortaleza y el buen temperamento, ¿en qué tipo de disposición consiste la justicia? ¿Es la justicia una disposición o una cualidad del carácter? Bernard Williams sugiere que la noción de un resultado justo “es anterior a la noción de una persona justa. Este tipo de persona es aquella que está dispuesta a promover, buscar y defender distribuciones justas” (1980, 196-197). “La disposición de la justicia”, afirma Williams, “llevará a la persona justa a oponer resistencia frente a las distribuciones injustas –y a oponerse a ellas *sin perjuicio de los motivos de éstas*–” (1980, 197, la cursiva pertenece al texto original). Por lo tanto, en la explicación de Williams la justicia es una virtud, pero no encaja con el esquema de las demás virtudes morales. La justicia no es un medio respecto de una emoción o un deseo moralmente neutro; la virtud de la justicia es, más bien, la disposición de pretender la justicia (para un juez, dar a las partes lo que les corresponde). El concepto de una decisión judicial justa, según Williams, existe antes que la virtud de la justicia.

La imagen que tiene Williams de la virtud de la justicia presenta un problema importante para una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes. Si el concepto de justicia fuese anterior a la virtud de la justicia, entonces una teoría normativa sobre la decisión judicial no puede estar centrada en las virtudes. Cuando nos preguntamos cómo deben los jueces decidir los casos, parecería que debiéramos comenzar con una teoría sobre qué puede considerarse un resultado justo. Podríamos entonces pasar a considerar qué métodos de toma de decisiones judiciales son más adecuados para alcanzar tales resultados. Las virtudes jugarían aquí como medios, pero no como fines. La relación entre la adopción de buenas decisiones judiciales y, en general, las virtudes morales e intelectuales sería sólo contingente, dependiendo aquélla de la cuestión empírica acerca de si las cualidades tales como la fortaleza y la templanza

⁶⁰ Hay, sin embargo, casos inusuales. Como nos recuerda la discusión sobre el vicio de la avaricia judicial, a veces los jueces “toman para sí mismos” cuando deciden casos. Esto sucede cuando un juez acepta un soborno o no se inhibe en el conocimiento de una controversia en la que tiene un interés económico.

conducen, efectivamente, a una decisión acorde a la justicia. La virtud de la justicia en la toma de decisiones judiciales derivaría de la teoría sobre lo que es justo, en lugar de ser al revés.

Desde luego, puede ocurrir que las decisiones justas no sean plenamente independientes de las virtudes, aun cuando sean anteriores a éstas últimas. Por lo tanto, puede suceder que únicamente alguien con la personalidad o el carácter correcto sea bueno para idear soluciones justas para problemas difíciles, o para discernir el resultado justo en un caso complicado. “Pero aun aquí,” señala Williams, “es importante que, aunque se requiera [un juez virtuoso], o alguien como [un juez virtuoso], para concebirla, la [decisión] puede ser reconocida como justa independientemente del carácter de dicha persona” (1980, 197). Además, puede ocurrir que sólo alguien virtuoso sea capaz de poseer la disposición de promover resultados justos. Es decir, no hay nada en la explicación de Williams que descarte la posibilidad de que una disposición a hacer justicia no sea simplemente, de hecho, consistente con la posesión de los vicios de la avaricia, la cobardía cívica, el mal temperamento, la estupidez y la necesidad⁶¹. Usando la terminología introducida anteriormente, Williams podría aceptar una teoría débil de la virtud judicial, como también podría aceptar una teoría robusta que identificase virtudes particulares que contribuyen decisivamente en la toma de decisiones justas.

Por ende, si aceptamos la centralidad de la justicia para la toma de decisiones judiciales y la visión de Williams que sostiene que las teorías sobre la justicia son anteriores a la virtud de la justicia, parecería que no podríamos tener una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes. ¿Cómo puede la *virtue jurisprudence* responder al desafío planteado por Williams? Mi respuesta a Williams comienza con una reconsideración de la virtud de la justicia y su estructura.

- *La estructura de la justicia*

Si la justicia es la disposición de dar a cada uno lo suyo, ¿podemos decir algo más sobre ella? Es decir, ¿podemos decir algo más específico para responder a la pregunta sobre cuáles son las cualidades de la personalidad que

⁶¹ Para evitar confusiones, debo hacer notar que no creo que el párrafo en el texto sea una respuesta al planteamiento que hace el argumento de Williams a una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes.

hacen la virtud de la justicia, como disposición de dar a cada uno lo suyo? ¿Qué constituye el sentido de la justicia? ¿Cuál es el equipamiento emocional e intelectual que dispone y permite al juez ser justo? ¿Es la “imparcialidad” (*fairness*) realmente un sinónimo de “justicia”, o es la relación entre la justicia, el derecho y la imparcialidad más compleja?

Consideremos la cualidad que podríamos llamar “imparcialidad judicial”, y que supone una justa disposición a comprender o empatizar con las partes intervinientes en una contienda judicial. Los jueces no deberían identificarse más con una parte que con la otra⁶², pero un buen juez debe ser capaz de entender los intereses y pasiones de todas aquellas personas que comparecen ante él. El grado de “parcialidad” o identificación con los puntos de vista y los intereses de los litigantes que es apropiado para el rol del juez difiere de aquel que es apropiado en otras situaciones. Los padres deberían ser parciales respecto de sus hijos, y los amigos parciales entre sí. Los jueces no deberían ser parciales con nadie, pero deben poseer un grado apropiado de comprensión y empatía con todos los que comparezcan ante él⁶³. Una disposición hacia la imparcialidad está constituida en parte por disponer del equipamiento emocional adecuado para la comprensión, una preocupación apropiada e imparcial por los intereses de los otros.

Existe otra cualidad que está íntimamente vinculada con la disposición de hacer lo que es justo. El buen juez debe tener una preocupación especial por ser fiel al derecho y por la coherencia de éste. Llamemos a esta cualidad “integridad judicial”⁶⁴. ¿Por qué esta cualidad es un componente de la virtud de la justicia? Parte de la respuesta recae en una complicada explicación sobre la relación entre el derecho y la justicia. Desde el sentido común, podemos apreciar que existe una relación. Si asumimos que vivimos en una sociedad razonablemente justa y con buenas leyes, entonces lo que la gente debe hacer como una cuestión de justicia generalmente corresponderá con lo que las leyes

⁶² “Las virtudes judiciales son aquellas que permiten a la gente apartarse de sus compromisos y proyectos personales y juzgarlos desde un punto de vista impersonal”. MACEDO 1990, 275.

⁶³ No quiero sugerir que los jueces nunca pueden ser parciales o que las personas que no ocupan un cargo judicial nunca deben ser imparciales. Todos nosotros, jueces y no jueces por igual, debemos ser parciales en las ocasiones correctas, hacia las personas correctas, por las razones correctas. De la misma manera, todos necesitamos tener la capacidad y la propensión a la imparcialidad cuando la situación lo requiere.

⁶⁴ La virtud de la integridad judicial expresa, en los términos de la *virtue jurisprudence*, varios de los mismos objetivos que Dworkin plantea en su teoría (1986), “el derecho como integridad”.

le ordenan hacer. Normalmente, hay dos razones para esta correspondencia. Por un lado, las buenas leyes cumplen con los estándares de justicia moral y política. La fidelidad hacia el derecho es claramente un componente de la disposición a la justicia en estos casos. Por otra parte, la decisión conforme a derecho es justa debido a los valores que asociamos al ideal del Estado de derecho (*rule of law*). Estos valores, que incluyen la irretroactividad de la ley, su claridad, publicidad y generalidad, se verían amenazados por una decisión que se aparta de lo que corresponde conforme a derecho. Aun cuando un juez crea que una regla jurídica especial podría ser mejorada, en general la decisión justa requiere de fidelidad al derecho. Un juez que haga lo contrario generará incertidumbre e inconsistencia. Además, la falta de dicha fidelidad da lugar a otros defectos (por ejemplo, la parcialidad) que pueden tener una influencia distorsiva en las decisiones.

Finalmente, un sentido de justicia requiere la habilidad de percibir las características relevantes de cada situación particular. En el contexto de la decisión judicial, podemos usar la expresión de Karl Llewellyn *percepción de la situación* o, por analogía a la expresión *visión moral*, podemos decir que el sentido de justicia requiere de una “visión jurídica”, consistente en la habilidad de evaluar un caso y discernir qué aspectos son jurídicamente importantes. Esto requiere de una capacidad intelectual para captar el contenido de la ley, un entendimiento de los propósitos subyacentes a los que la ley sirve, y una habilidad para detectar las características de los casos particulares que son importantes para aquellas reglas y propósitos⁶⁵. Dado que la virtud de la justicia requiere de una visión jurídica, está estrechamente vinculada a la virtud de la sabiduría judicial.

- *La justicia y la unidad de las virtudes*

Por lo tanto, podemos discernir al menos tres elementos en la virtud de la justicia aplicada a los jueces: imparcialidad judicial, integridad judicial y visión jurídica. Cabe notar, sin embargo, que estos elementos no se combinan como lo hacen las distintas variedades de frutas secas en un envase surtido. Más bien, los elementos de la virtud de la justicia se combinan como los ingredientes de un pastel. El todo no es simplemente la suma de sus partes.

⁶⁵ Véase SHERMAN 1989.

Por lo tanto, la identificación comprensiva con los intereses de los litigantes vivifica los valores del Estado de derecho de predictibilidad y certidumbre, que a su vez motivan el aspecto de la integridad judicial que he llamado fidelidad al derecho. Y la fidelidad al derecho no es siquiera posible sin una visión jurídica, la habilidad de discernir los aspectos jurídicamente relevantes de un caso particular, en cuanto a los propósitos y valores que animan las reglas del derecho.

Aunque la virtud de la justicia puede ser analizada según las partes que la componen, sólo se puede dar cuenta plena del valor de estos componentes cuando se presentan todos juntos. Este punto sobre la unidad de la justicia puede extenderse a las virtudes judiciales en su totalidad. Cada virtud judicial requiere o necesita de todas las demás, y la virtud de la sabiduría judicial (*phronesis*) juega un rol especial y unificador. Este punto se ve expresado en la conocida fórmula que afirma que uno puede ir bien en un único sentido, pero puede ir mal en muchos. Del mismo modo, las virtudes judiciales son completas solamente cuando se presentan todas juntas.

Advertido este punto, puedo realizar una presentación preliminar de una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes.

D. *¿Cuál es la estructura de una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes?*

En aras de la simplicidad y la claridad formularé una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes bajo la forma de cinco definiciones:

- Una *virtud judicial* es una disposición naturalmente posible de la inteligencia o de la voluntad que, cuando se presenta con las otras virtudes judiciales, dispone confiablemente a su poseedor a tomar decisiones justas. Las virtudes judiciales incluyen, pero no se limitan, a la templanza, la fortaleza, el buen temperamento, la inteligencia, la sabiduría y la justicia.
- Un *juez virtuoso* es aquel que posee las virtudes judiciales.
- Una *decisión virtuosa* es aquella realizada por un juez virtuoso que actúa a partir de las virtudes judiciales teniendo en cuenta las circunstancias que son relevantes para la decisión.
- Una *decisión legítima* es aquella que característicamente sería hecha por un juez virtuoso teniendo en cuenta las circunstancias que son rele-

vantes para la decisión⁶⁶. La frase *jurídicamente correcta* es un sinónimo para la palabra *legítima* en este contexto.

- Una *decisión justa* es idéntica a una *decisión virtuosa*.

La tesis central y normativa de una teoría del razonamiento o de la decisión judicial centrada en las virtudes sostiene que un juez debe ser virtuoso para poder tomar decisiones virtuosas. Los jueces que carecen de virtudes deben intentar dictar sentencias legítimas o legalmente correctas, aunque no sean capaces de hacer esto de modo confiable, dado que carecen de virtudes. A su vez, los jueces que no tienen virtudes judiciales deben desarrollarlas. Los magistrados también deben ser seleccionados con base en la posesión (o potencia para la adquisición) de las virtudes judiciales.

Podemos ahora volver sobre la tesis de Williams: *la noción de un resultado justo es anterior e independiente de la noción de la virtud de la justicia*. Existe un sentido en el que una sentencia justa puede, bajo ciertas condiciones, ser reconocida como justa sin hacer referencia a las virtudes del juez. Para aclarar este punto, necesitamos resolver una serie de situaciones en las que la tesis de Williams no parece correcta.

El primer contexto a considerar es lo que podríamos llamar *casos fáciles*. Algunas decisiones serán obviamente justas. Incluso las personas con un conocimiento jurídico incompleto o que obtuvieron sólo un grado incompleto de virtud serán capaces de reconocer la justicia de estas decisiones. Sin embargo, aun en los casos fáciles, alguien que está absolutamente cegado por el egoísmo no sería capaz de coincidir con un juicio ampliamente compartido sobre cuál es el resultado justo.

Existen casos en los que la justicia de una decisión no es tan obvia como en los casos fáciles. Podemos llamar a este segundo contexto *casos complejos*. Cuando la ley es compleja, puede ser necesario un alto grado de inteligencia jurídica para identificar cuál es el resultado jurídicamente correcto. Cuando los hechos son complejos, se requerirán otras habilidades intelectuales –por

⁶⁶ Se introduce la distinción entre decisiones virtuosas y correctas para diferenciar entre una decisión plenamente virtuosa (hecha por un juez virtuoso actuando a partir de las virtudes) y una decisión meramente correcta (tomada por las razones equivocadas). Para que sea jurídicamente correcta, una decisión necesita solamente ser la decisión que un juez virtuoso tomaría teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ende, una decisión jurídicamente correcta podría ser hecha por razones viciosas. Por ejemplo, un juez corrupto podría aceptar un soborno para dictar la misma sentencia que un juez virtuoso habría hecho.

ejemplo, una percepción de la situación altamente desarrollada— para poder ver incluso aquello exigido por reglas jurídicas relativamente simples. Por lo tanto, en los casos complejos, puede suceder que solamente alguien con el suficiente conocimiento jurídico y que posea la virtud judicial en un alto grado sea capaz de captar plenamente cuál es el resultado justo y por qué lo es⁶⁷. Aunque podríamos decir que una decisión justa es independiente de la virtud del juez que tomó dicha decisión, no es cierto que la justicia de la decisión judicial sea independiente de la virtud judicial. Existen casos en los que el resultado justo solamente puede ser reconocido por un juez virtuoso.

Tanto en los casos fáciles como en los complejos, Williams podría argüir que los criterios para una sentencia jurídicamente correcta anteceden a aquellos que determinan al juez virtuoso. Williams puede conceder que en los casos complejos puede ser necesaria la virtud para reconocer estos criterios y coincidir en esto, pero son las reglas jurídicas y los hechos los que determinan la corrección jurídica de los resultados. En la sección siguiente ofreceré argumentos para realizar que existen casos en los que la tesis de Williams no puede ser sostenida.

III. LA IDONEIDAD DE UNA TEORÍA CENTRADA EN LAS VIRTUDES

¿Ofrece la *virtue jurisprudence* una teoría adecuada sobre la toma de decisiones judiciales? Responderé a esta pregunta refiriéndome a dos tipos de casos e ilustrando, en ambos, el modo en que una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes puede captar los aciertos de otras teorías contrapuestas y la forma en que podría diferir de ellas. Al primer tipo de casos lo llamaré casos de “justicia como lo legalmente correcto”. En éstos, el resultado exigido por las reglas jurídicas está en plena concordancia con nuestro sentido de la justicia. Llamaré al segundo tipo de casos, casos de “justicia como equidad”⁶⁸. Este tipo de casos involucra una situación en la que un resultado dictado únicamente por las reglas del derecho no es consistente con lo que nosotros entendemos como justo en un sentido más amplio.

⁶⁷ En tales casos, me inclino a afirmar que cualquier persona virtuosa podría ver cuál resultado es justo y por qué, pero el proceso para producir este entendimiento puede involucrar muchas explicaciones.

⁶⁸ Esta locución es solamente coincidente con “justicia como equidad” en el sentido de RAWLS (2001).

A. *La justicia como lo legalmente correcto*

¿Puede una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes ofrecer una explicación adecuada de los casos, tanto fáciles como complejos, en la que las reglas jurídicas determinen el resultado legalmente correcto? Con certeza, la respuesta es sí. En su mayor parte, una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes, estará de acuerdo, tanto con el sentido común, como con otras teorías normativas de la decisión judicial, con respecto a qué constituye el resultado justo en tales casos. La virtud de la justicia generalmente requiere de una decisión que sea conforme a la letra de la ley⁶⁹. Ciertamente, las razones ofrecidas por varias teorías normativas de la decisión judicial, probablemente difieran aun en los casos fáciles. Los utilitaristas harán hincapié en las buenas consecuencias que justifican las reglas, así como en las malas consecuencias que podrían surgir si los jueces socavaran la predictibilidad y certeza creadas por las leyes, al no adherirse a ellas. Los deontologistas, en cambio, harán recaer el énfasis sobre los derechos protegidos por las reglas jurídicas, y en la injusticia de no seguirlas una vez que éstas se convierten en una fuente de expectativas legítimas.

Las teorías que compiten contra la teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes pueden estar de acuerdo en la idea de que los jueces deben poseer las virtudes judiciales mientras éstas sean necesarias para que los jueces sigan la ley confiablemente. No existe teoría normativa plausible de la decisión judicial que sea incompatible con una teoría débil de las virtudes judiciales. No hay teoría razonable que sea indiferente a jueces avaros, cobardes, malhumorados, estúpidos o necios, así como ninguna teoría razonable sostendría que no se debería preferir a los jueces templados, valientes, de buen temperamento, inteligentes y sabios. Entonces, ¿cómo difiere una teoría centrada en las virtudes de aquellas que no se enfocan en las virtudes?

- *La virtud es necesaria para explicar las decisiones judiciales conformes a las reglas jurídicas*

A diferencia de otras teorías de la decisión judicial, una teoría centrada en las virtudes afirma que la virtud es una parte imprescindible para explicar y justificar la práctica de la decisión judicial. De acuerdo a una teoría centrada en las virtudes, toda la trama sobre lo que las reglas jurídicas exigen en los

⁶⁹ Véase KRAUT 2002, 105-108, 117.

casos particulares incluye a las virtudes. Si éstas fueran excluidas, la trama estaría incompleta. Además, una teoría centrada en las virtudes sugiere que la virtud judicial puede ser necesaria para reconocer el resultado jurídicamente correcto. Para que una regla general sea aplicada a un caso particular, siempre es necesario un juicio. La sabiduría práctica o el buen juicio es necesario para asegurar que las reglas sean aplicadas correctamente.

La necesidad de la sabiduría práctica en la aplicación de las reglas puede ser apreciada al imaginar un juez de segunda instancia, discutiendo con su interlocutor acerca del análisis realizado sobre los hechos encontrados por el juez de instrucción. “¿Por qué el veredicto sobre los hechos del juez de instrucción fue claramente erróneo?”, pregunta el interlocutor. “Porque no estaba suficientemente apoyado en la prueba producida en el expediente”, responde el juez. “¿Por qué concluye que la acreditación fue insuficiente?”, pregunta el interlocutor. “Porque un investigador razonable no se podría apartar de esa evidencia al redactar sus conclusiones como juez” responde el juez. “Pero, ¿por qué un investigador razonable no pudo realizar esas deducciones?”, pregunta el interlocutor. Imaginemos que el interlocutor responde a cada explicación del juez requiriendo criterios determinados o ciertos para aplicar el estándar sobre investigaciones claramente erróneas. En un determinado punto las respuestas deben cesar. Si el interlocutor preguntón aún estuviera insatisfecho, el juez se vería forzado a explicar su falta de justificaciones ulteriores diciendo “Porque ése es el modo en que yo lo veo, y yo soy un juez competente. No puedo decir nada más que eso”. Las explicaciones deben llegar a su fin en algún punto⁷⁰. La regla sobre las investigaciones claramente erróneas proporciona un ejemplo particularmente claro del rol último que juega el juicio práctico en la aplicación de la reglas, porque es ampliamente reconocido que no pueden proporcionarse criterios para distinguir errores que son claros de aquellos que no lo son⁷¹.

⁷⁰ Véase WITTGENSTEIN 1968, § 1.

⁷¹ Véase *United States v. Aluminium Company of America* (1945, 433) (opinión de Learned Hand, J., que afirma lo siguiente: “Es improductivo tratar de definir el significado de la frase ‘claramente erróneo’; todo lo que puede decirse provechosamente es que un tribunal de apelación, pensando que dudará menos en revocar las investigaciones de un juez que la de un tribunal administrativo o de un jurado, será renuente a revocar una investigación y sólo lo hará cuando esté plenamente convencido”); véase también COOPER 1988. Una teoría centrada en las virtudes también explica la observación que afirma que la regla sobre las investigaciones claramente erróneas es aplicada observando las virtudes del juez de instrucción. Ver JAMES y HAZARD [(198), §12.8, 668]: “La inclinación de un tribunal de apelación de aceptar las conclusiones de un juez de instrucción depende... del grado de confianza implícita en lo justo que sea el juez de primera instancia”.

Al fin y al cabo, el consenso y disenso sobre el significado de las reglas, y sobre cómo éstas se aplican, se enraízan en el juicio práctico. Incluso respecto de algunos casos fáciles, y más frecuentemente con respecto a casos complejos, las razones articuladas no serán suficientes para explicar por qué en los casos en los que hay un desacuerdo sobre los resultados de la aplicación de una regla a unos hechos, sólo hay un juicio jurídicamente correcto y los otros juicios que compiten contra éste son incorrectos.

En efecto, una explicación centrada en las virtudes nos permite apreciar el hecho de que las explicaciones o justificaciones de las decisiones jurídicas juegan más de un rol. En algunos casos, cuando un juez explica una decisión, su intención es revelar las premisas y razonamientos que lo movieron desde premisas aceptadas sobre el derecho y los hechos hacia alguna conclusión sobre cuál es el resultado jurídicamente correcto. Sin embargo, hay otros casos en que las explicaciones juegan un papel diferente. Cuando la decisión de un caso se basa en la visión jurídica o en la percepción de la situación —es decir, cuando la decisión está basada en la virtud de la sabiduría judicial práctica o *phronesis*—, entonces la finalidad de una explicación es permitir a otros la posibilidad de ver los aspectos relevantes del caso. Dichas explicaciones no recrean un procedimiento de toma de decisión sino, más bien, apuntan a permitir a otros la adquisición de la sabiduría práctica.

Por lo tanto, la teoría de Bernard Williams (1980) que sostiene que la noción de una sentencia justa “es anterior a aquella de una persona justa” es, en el mejor de los casos, parcialmente correcta. Incluso cuando los jueces simplemente aplican las reglas a los hechos, la noción de una decisión judicial justa no puede separarse de la noción de un juez virtuoso que capta los aspectos relevantes del caso. La virtud, en especial la virtud de la *phronesis* o sabiduría judicial práctica, es una parte central e imprescindible de este relato.

- *Una explicación centrada en las virtudes sobre los legítimos desacuerdos judiciales*

A esta altura, se podría objetar que una teoría centrada en las virtudes falla por una razón distinta. Podría argüirse que una explicación centrada en las virtudes supone que dos resultados inconsistentes sobre un mismo caso pueden ser ambos jurídicamente correctos⁷². Como veremos, esta supuesta objeción que se

⁷² Agradezco a Phillip Pullman por la enérgica presentación que hizo de esta objeción, y también a Linda Zagzebski por su ayuda en la elaboración de la respuesta que aquí se presenta.

le hace a una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes, en realidad ilumina uno de sus aspectos más fuertes. Una teoría centrada en las virtudes nos permite explicar el hecho de que frecuentemente existen casos en los que hay más de un resultado que puede ser considerado jurídicamente correcto.

La objeción comienza con una premisa que denominaremos *la multiplicidad de decisiones virtuosas*. La idea nuclear de esta premisa es bastante simple: existen casos en los que diferentes jueces virtuosos dictarían diferentes decisiones con respecto a un asunto dado y a una serie de hechos determinados. A la segunda premisa la llamaremos *la unicidad de decisiones jurídicamente correctas*. Esta segunda premisa sostiene que, dado un asunto particular y una serie de hechos determinados, solamente una decisión sobre este asunto puede ser jurídicamente correcta. Llamemos a la afirmación que sostiene que una decisión es jurídicamente correcta si y sólo si es la decisión que hubiera sido tomada por un juez virtuoso teniendo en cuenta las circunstancias relevantes, *la tesis de la identidad entre virtud y juridicidad*. La forma del argumento ahora debería estar clara. A partir de la unicidad de decisiones jurídicamente correctas y la multiplicidad de decisiones virtuosas, parecería ser que algunas decisiones virtuosas son incorrectas. Si estas premisas son verdaderas, entonces la identidad entre virtud y juridicidad es falsa.

La primera premisa, sobre la multiplicidad de decisiones virtuosas, afirma que dos jueces virtuosos diferentes podrían alcanzar decisiones diferentes en el mismo caso. Este argumento parece plausible. Diversos jueces virtuosos probablemente difieran en las formas o maneras que obran lo que podría afectar sus decisiones. Ellos tendrán experiencias y creencias distintas, y estas diferencias podrían fácilmente afectar a su decisión sobre una diversidad de asuntos jurídicos. La multiplicidad de decisiones virtuosas parece especialmente probable en los llamados casos complejos, en los que hay buenos argumentos jurídicos para las distintas posiciones⁷³.

⁷³ Aunque acepto la multiplicidad de decisiones virtuosas, debo hacer notar que esta premisa puede ser atacada en varias formas. Por ejemplo, podríamos argüir que aunque diferentes jueces parcialmente virtuosos decidieran sobre el mismo asunto en el mismo caso de manera distinta, sólo una decisión podría y debería ser realizada por el juez que sea plenamente virtuoso. Puesto de otro modo, podríamos decir que las distintas decisiones hechas por diferentes jueces que poseen las virtudes en diferentes grados convergen en una única decisión, a medida que el grado de virtud aumenta. Este panorama puede adecuarse a algunos tipos de asuntos y casos, pero demostraré que existen asuntos y casos que no encajan en el escenario de una virtud en aumento que converge en un único resultado.

Sin embargo, la segunda premisa, la unicidad de decisiones jurídicamente correctas, es falsa. Existe una serie de situaciones en la que hay más de un resultado jurídicamente correcto. Esto es cierto por múltiples razones. En primer lugar, a veces ocurre que las reglas jurídicas pre-existentes no determinan suficientemente el resultado de un caso particular⁷⁴. En los Estados Unidos, es un patrón frecuente que un asunto jurídico sea resuelto de forma diferente por los distintos Tribunales de Apelaciones. Este fenómeno se llama “*circuit split*” [jurisdicción dividida]. A menos que la Corte Suprema resuelva esta división, habrá resultados contradictorios, que serán correctos en los distintos Tribunales. En la jurisdicción de un Tribunal de Apelaciones que no ha fallado sobre el asunto, dos jueces de primera instancia pueden llegar a diferentes resultados y ninguno de ellos habrá dictado una sentencia que sea jurídicamente incorrecta. En este primer tipo de caso, sin embargo, uno podría argumentar que existe un modo de entender esto que considera que las sentencias contradictorias son correctas solamente de manera provisional o temporal. Si la Corte Suprema resuelve esta división, entonces es aprobada una línea de resolución de esos casos y la línea contraria se convierte en un “mal precedente” (“*bad law*”).

Por supuesto, hay veces en las que un “*circuit split*” puede ser explicado mejor como una rivalidad entre una línea jurisprudencial correcta y otra posición que está mal razonada o que ignora la jurisprudencia relevante. Pero hay otras ocasiones en las que ambos resultados son plausibles. Como la Corte Suprema deja numerosos “*circuit splits*” sin resolver (por años, décadas e incluso permanentemente), la mejor forma de describir esta situación es que dos posturas inconsistentes sobre el mismo asunto jurídico son a la vez correctas; no puede decirse que ninguna de estas líneas jurisprudenciales sean “malos precedentes” (“*bad law*”).

En segundo lugar, suele ocurrir que la misma ley confía una decisión a la discrecionalidad del juez. Puede encontrarse un caso paradigmático de dicha discrecionalidad en el poder de los jueces de primera instancia de gestionar el funcionamiento de un juicio. Estos jueces tienen discrecionalidad para decidir cuánto durará un juicio, cuántos testigos podrá presentar cada parte y cuánto tiempo será otorgado para la producción de la prueba testimonial. Si un juez

⁷⁴ Véase SOLUM 1987 (distinguiendo los conceptos de indeterminación y no suficientemente determinado). Esta afirmación es, desde ya, controvertida. Aquí no he abordado los importantes y persuasivos argumentos presentados por Ronald Dworkin (1985).

virtuoso toma tal decisión, entonces es jurídicamente correcta, aun cuando otro juez virtuoso hubiese tomado una decisión diferente. Sin embargo, si la decisión fue producto de un vicio judicial –por ejemplo, de corrupción–, entonces dicha decisión es un error –aun cuando la misma hubiese sido jurídicamente correcta si hubiese sido producto de la virtud en lugar del vicio–. La ley de procedimientos captura este fenómeno en el estándar de revisión judicial en segunda instancia de sentencias discrecionales. El estándar relevante se llama “abuso de discrecionalidad” y, dado un estándar de abuso de discrecionalidad, es derecho consagrado que cuando existen decisiones contradictorias sobre un mismo asunto y con hechos jurídicamente idénticos, ambas podrán ser jurídicamente correctas⁷⁵.

Además, algunos estándares jurídicos aprueban más de un resultado jurídicamente correcto sobre una serie particular de hechos. Un claro ejemplo de esto es el estándar del “interés superior del niño” en las controversias sobre custodia infantil. Aunque esté formulado como una regla jurídica, este estándar jurídico requiere la aplicación del juicio práctico a una situación de hecho particular. Como consecuencia, un tribunal de segunda instancia confirmará la decisión de otorgar la custodia adoptada por un tribunal de primera instancia, aun cuando los jueces de segunda instancia hubieran tomado una decisión diferente de haber tenido que decidir ellos el caso en primera instancia⁷⁶. En tal caso, cada una de las decisiones contradictorias (otorgar la custodia a un padre y no al otro y viceversa) pueden ser jurídicamente correctas. Aunque “superior” es superlativo y, por lo tanto, sugiera un resultado único, este estándar es entendido por los tribunales de manera tal que permite una multiplicidad de resultados en el amplio espectro de casos en los que ambos padres tienen buenos argumentos para afirmar que proveerían lo mejor para el niño.

Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes explica y justifica este rasgo característico de nuestra práctica judicial. Existen circunstancias en las que dos o más resultados diferentes (y en cierto modo, “contra-

⁷⁵ Véase, v.g., *Jones v. Strayhorn* 1959: “El mero hecho o circunstancia de que un juez de primera instancia decida un asunto dentro de su facultad discrecional de manera distinta a lo que decidiría un juez de segunda instancia situado en una circunstancia similar, no demuestra que hubo un abuso de discrecionalidad”.

⁷⁶ Véase *Ford v. Ford* 2002 (indicando que una diferencia de juicio no justifica la revocación del otorgamiento de la custodia infantil estando ausente “el abuso de discrecionalidad”).

dictorios”) son jurídicamente correctos. Una teoría centrada en las virtudes explica esto fundándose en que dos jueces virtuosos distintos pueden, cada uno por su parte, arribar a decisiones distintas, aun cuando ambos actúan motivados por virtudes. En los casos en los que el juez actúa motivado por vicios, como la corrupción, la desconsideración malintencionada del derecho o la parcialidad, entonces una decisión discrecional puede ser jurídicamente incorrecta –aun cuando un juez virtuoso hubiese arribado a un resultado exactamente igual–.

B. *La virtud de la equidad*

La contribución distintiva de una teoría centrada en las virtudes es aún más clara en la segunda categoría de casos: aquellos en los cuales el resultado requerido por las reglas jurídicas es inconsistente con nuestra noción de lo justo. En estos casos, una teoría centrada en la justicia sugiere que la decisión virtuosa está guiada por la virtud de la equidad, o justicia como equidad, distinta de la justicia como lo legalmente correcto⁷⁷.

La noción de la equidad como el apartamiento de las reglas se remonta a Aristóteles y el mejor lugar para comenzar su exposición es el argumento planteado por Aristóteles sobre el problema de la equidad y la justicia:

Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro. Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es desde luego la índole de las cosas prácticas*.

Este es el núcleo de la visión de Aristóteles sobre la *epieikeia*, generalmente traducida como “equidad” o “imparcialidad”. Como frecuentemente ocurre

⁷⁷ Véase SHINER 1994.

* [Nota de los traductores]: En lugar de traducirse la versión en inglés de la *Ética a Nicomaco*, se ha optado por transcribir la parte pertinente de la traducción al castellano de María Araujo y Julián Marías. ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, Madrid, CEC, 1994, 1137b9-1137b24.

con Aristóteles, el texto es ambiguo. Aristóteles y sus expositores contemporáneos⁷⁸ informan mi argumento sobre la equidad, pero mi interpretación no es la misma que la visión de Aristóteles.

Una característica de la equidad es que implica un apartamiento de las reglas. Cualquier regla general puede ser sobre o infra-incluyente con respecto al objetivo que la regla pretende alcanzar⁷⁹. La equidad corrige la generalidad de la ley haciendo excepciones en los casos en los que la regla conduce a resultados no anticipados e injustos. Un apartamiento equitativo de las reglas puede relacionarse con la intención de los legisladores de dos modos distintos. En algunos casos, impartir equidad requiere que el juez concrete la intención de la asamblea legislativa. En otros casos, puede requerir que el juez corrija un defecto en la ley que el legislador no anticipó o no pudo haber anticipado –por ejemplo, en casos en que las circunstancias hayan cambiado o en que hechos previamente desconocidos hayan salido a la luz–.

Una segunda característica de la equidad es su particularismo. La equidad ajusta la ley a los requerimientos del caso particular. Entender la equidad como una práctica particularizada nos permite distinguirla de otras prácticas que involucren un apartamiento de las reglas jurídicas. Por ejemplo, la equidad no es lo mismo que la resolución de conflictos entre la ley y la moral en favor de esta última. Los jueces podrían anular una norma que legalizara la práctica de la esclavitud fundándose en que la esclavitud siempre es moralmente incorrecta. Esto no es un ejemplo de la práctica de la equidad, porque tal decisión no implicaría un apartamiento de la regla sobre la base de los hechos del caso *particular*. Más bien, la decisión estaría basada en un principio moral general –por ejemplo, que las leyes inmorales no deberían ser aplicadas–.

La equidad es el ajustamiento de la ley a los reclamos de las situaciones particulares. Por esta razón, la equidad puede (o debe) ser practicada solamente por un *phronimos*, un juez con visión moral y legal. Sólo un juez virtuoso puede practicar la equidad. Presentando este punto de una manera algo diferente, podríamos decir que la “equidad” solamente debería ser practicada por jueces que poseen la virtud de la “equidad”. Como expresa Roger Shiner (1994, 1260-1261): “La equidad es la virtud detentada por una clase particular

⁷⁸ Véase SHINER 1994; KRAUT 2002, 108-111.

⁷⁹ Véase SCHAUER 1991.

de agente –un juez– al realizar juicios prácticos frente a las limitaciones de una clase particular de regla práctica –aquellas costumbres arraigadas y leyes escritas que constituyen para algunas sociedades el sistema institucionalizado de normas que conforman su sistema jurídico–.”

Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes ofrece un acercamiento particular a los casos que conllevan consideraciones de equidad. He aquí un modo de expresarlo. Otras teorías normativas sobre la decisión judicial tienen dificultades para explicar por qué debería haber una práctica particular de la equidad. Si debe hacerse una excepción a una regla jurídica, entonces será necesario enmendar dicha ley. (Esta es la aproximación propuesta por las teorías de la interpretación jurídica que requieren una adhesión estricta al significado literal). Por supuesto, a veces las reglas deben ser enmendadas; pero una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes afianza el argumento que sostiene que siempre habrá casos en los que el problema no sea que la regla no ha sido formulada del mejor modo posible. En realidad, el problema es que la infinita variedad y complejidad de situaciones de hecho particulares exceden nuestra capacidad de formular reglas generales. La solución no es tratar de redactar un código perfecto, con disposiciones particulares que traten cada variación fáctica posible. Sin importar cuan largo y detallado sea, sin importar cuántas decisiones y excepciones de las excepciones prevea, el código no podría ser lo suficientemente extenso⁸⁰. Más bien, la solución es confiar la decisión a jueces virtuosos que puedan elaborar una decisión acorde al caso particular. Ninguna teoría débil sobre la virtud judicial puede incorporar la virtud de la equidad. En efecto, remarcaré la tesis de que solamente una teoría centrada en las virtudes ofrece una explicación plenamente adecuada de la equidad⁸¹. Aristóteles está en lo correcto sobre las reglas; ningún cuerpo legal puede impartir justicia en todos y cada uno de los casos. Por lo tanto, creo que el argumento de este trabajo proporciona fundamentos para sostener lo

⁸⁰ Aun cuando el código sea lo suficientemente extenso, no sería una buena idea hacerlo “completo”, cuando por “completo” se entiende que el código es lo suficientemente particularista como para proporcionar, en teoría, una guía para la toma de decisiones en cada caso posible. El código completo sería tan largo y tan complejo que no sería práctico como guía para la toma de una decisión. Cfr. SOLUM 1993, 324-27 (donde se argumenta una tesis análoga en el contexto de la noción de un contrato completo).

⁸¹ Una defensa de esta tesis requeriría un examen de todas las teorías normativas alternativas sobre el razonamiento o la decisión judicial. Como esta tarea excede el ámbito de este trabajo, en esta ocasión sólo puedo ofrecer una notas introductorias.

siguiente: la *virtue jurisprudence* ofrece una teoría normativa y explicativa sobre la toma de decisiones judiciales que explica y justifica la práctica de la equidad, mientras que muchas otras teorías del derecho tropiezan precisamente en este punto.

IV. CONCLUSIÓN

Este trabajo ha examinado una parte de la *virtue jurisprudence*, una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes. Su objetivo ha sido aclarar el sentido en el que una teoría sobre la decisión judicial puede centrarse en las virtudes, así como argumentar que una teoría centrada en las virtudes es plausible. Las ventajas de una explicación centrada en las virtudes han sido ilustradas en dos contextos. Cuando la justicia requiere una decisión que sea conforme a las reglas jurídicas, una teoría centrada en la virtud está de acuerdo con el sentido común pero explica el rol tanto del juicio práctico en la aplicación de las reglas como del fenómeno de la disidencia jurídica. Por otro lado, allí donde la justicia requiere un apartamiento de las reglas, una teoría centrada en la virtud explica y justifica la práctica de la equidad. La *virtue jurisprudence* hace el trabajo que esperamos que haga una teoría de la decisión judicial.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Sharon Lloyd y a Roger Shiner sus comentarios, realizados sobre el trabajo “Should Judges Be Virtuous?”, una versión más antigua y sustancialmente diferente de este trabajo, presentado en la Pacific Division of the American Philosophical Association el 27 de marzo de 1998. También debo agradecer a los participantes del Southern California Law and Philosophy Discussion Group por los comentarios hechos sobre un borrador presentado el 13 de febrero de 2002. En especial, agradezco a Antony Duff por los comentarios que presentó en la Stirling Conference, el 3 de marzo de 2002. En aquella ocasión, también recibí comentarios valiosos de parte de Linda Zagzebski y Phillip Pullman. También he aprovechado numerosos comentarios realizados sobre mi trabajo previo sobre *virtue jurisprudence*: agradezco especialmente en este caso a Steve Burton, Kent Greenawalt, Stephen Macedo, Richard Posner, Frederick Schauer e Ian Shapiro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARONSON, Mark Neal (1995): "Be Just to One Another: Preliminary Thoughts on Civility, Moral Character and Professionalism", *St. Thomas Law Review* 8: 113 y ss.
- (1998): "We Ask You To Consider: Learning About Practical Judgement in Lawyering", *Clinical Law Review* 4:247 y ss., 12.
- ANSCOMBE, Elizabeth (1997): "Modern Moral Philosophy", en *Virtue Ethics: Oxford Readings in Philosophy*, editado por Roger Crisp y Michael Slote, 26-44, Oxford, Oxford University Press.
- ARAUJO, Robert J. (1994): "Moral Issues and the Virtuous Judge: Reflections on the Nomination and Confirmation of Supreme Court Justices", *Catholic Lawyers* 35: 311 y ss.
- (1997): "The Virtuous Lawyer: Paradigm and Possibility", *SMU Law Review* 50: 433 y ss.
- (2002): "Justice as Right Relationship: A Philosophical and Theological Reflection on Affirmative Action", *Pepp. Law Review* 27: 377 y ss.
- ARISTÓTELES (1976): *The Ethics of Aristotle: The Nicomachean Ethics*, traducido por J. A. K. Thomson, revisado por Hugh Tredennick, Londres, Penguin.
- BAINBRIDGE, Stephen M. (1997): "Community and Statism: A Conservative Contractarian Critique of Progressive Corporate Law Scholarship", *Cornell Law Review* 82: 856 y ss.
- BAKER, C. Edwin (1985): "Sandel on Rawls", *U. Pa. Law Review* 133: 895 y ss.
- BALDWIN, Dick (1997): "Lawyers, Justice and Money", *Oregon State Business Bulletin* (October): 58 y ss.
- BARNETT, Randy (1998): *The Structure of Liberty*, Oxford, Oxford University Press.
- BECK-DUDLEY, Caryn L. (1996): "No More Quandries: A Look at Virtue Through the Eyes of Robert Solomon", *American Business Law Journal* 34: 117.
- BENTHAM, Jeremy (1988): *A Fragment on Government*, editado por J. H. Burns, Ross Harrison, y Herbert L. Hart, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1996): *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, editado por J. H. Burns, Herbert L. Hart, y J. Rosen, Cambridge, Cambridge University Press.
- BRICKER, David C. (1999): "A Kantian Argument for Native American Cultural Survival", *U. Det. Mercy Law Review* 76: 789 y ss.
- BROADIE, Sarah (1991): *Ethics with Aristotle*, Oxford, Oxford University Press.
- BROSNAN, Donald F. (1989): "Virtue Ethics in a Perfectionist Theory of Law and Justice", *Cardozo Law Review* 11: 335 y ss.
- BYRNE, Donna M. (1995): "Progressive Taxation Revised", *Arizona Law Review* 37: 739 y ss.
- CARENS, Joseph H. (1987): "Aliens and Citizens: The Case for Open Borders", *Review of Policy* 49: 251 y ss.
- COCHRAN, Robert F. (1996): "Lawyers and Virtues", *Notre Dame Law Review* 71: 707.

- (1998): “Crime, Confession, and the Counselor-At-Law: Lessons From Dostoyevsky”, *Hous. Law Review* 35: 327 y ss.
- (2000): “Professionalism in the Postmodern Age: Its Death, Attempts at Resuscitation, and Alternate Sources of Virtue”, *Notre Dame Journal of Law and Ethics and Public Policy* 214: 305.
- COOPER, Edward H. (1998): “Civil Rule 50(A): Rationing and Rationalizing the Resources of Appellate Review”, *Notre Dame Law Review* 63:645 y ss.
- CRISP, Roger (ed.) (1996): *How Should One Live?: Essays on the Virtues*, Oxford, Clarendon Press.
- CRISP, Roger; SLOTE, Michael (eds.) (1997): *Virtue Ethics: Oxford Readings in Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- DICKSON, Julie (2001): *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing.
- DWORKIN, Ronald (1978): “Hard Cases”, en *Taking Rights Seriously*, 81 y ss., Londres, Duckworth.
- (1985): “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, en *A Matter of Principle*, 119-44, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- (1986): *Law’s Empire*, Oxford, Hart Publishing.
- ENGBERG PEDERSEN, Troels (1983): *Aristotle’s Theory of Moral Insight*, Louisville, Ky., Westminster John Knox Press.
- FAIRWEATHER, Abrol y Zagzebski, Linda (eds.) (2001): *Virtue Epistemology: Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.
- FARBER, Daniel A. (1991): “The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law”, *Vanderbilt Law Review* 45: 533 y ss.
- FELDMAN, Heidi Li. (1996): “Codes and Virtues: Can Good Lawyers Be Good Ethical Deliberators?”, *Southern California Law Review* 69: 885 y ss.
- (1999): “Beyond the Model Rules: The Place of Examples in Legal Ethics”, *Geo. Journal of Legal Ethics* 12: 409 y ss.
- (2000): “Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law”, *Chi-Kent Law Review* 74: 1431 y ss.
- FLEMING, James E. (2000): “The Parsimony of Libertarianism”, *Constitutional Commentary* 17: 171 y ss.
- FOOT, Philippa (1978): *Virtues and Vices*, Oxford, Clarendon Press.
- *Natural Goodness*, Oxford, Clarendon Press.
- FORBATH, William E. (2001): “Constitutional Welfare Rights: A History, Critique, and Reconstruction”, *Fordham Law Review* 69: 1821 y ss.
- Ford v. Ford* (2002): 68 Conn. App. 173, 187, 789.
- GABA, Jeffrey (1999a): “Environmental Ethics and Our Moral Relationship to Future Generations: Future Rights and Present Value”, *Columbia Journal of Environmental Law* 24: 249 y ss.

- (1999b): “Environmental Ethics and Our Moral Relationship to Future Generations: Future Rights and Present Virtue”, *Columbia Journal of Environmental Law* 24: 249 y ss.
- GALSTON, Miriam (1994): “Taking Aristotle Seriously: Republican-Oriented Legal Theory and the Moral Foundation of Deliberative Democracy”, *California Law Review* 82: 329 y ss.
- GARCIA, Frank J. (2000): “Trade and Inequality: Economic Justice and the Developing World”, *Michigan Journal of International Law* 21: 975 y ss.
- GARCÍA, J. L. A. (2001): “Topics in the New Natural Law Theory”, *American Journal of Jurisprudence* 46: 51 y ss.
- Gentile v. State Bar of Nevada* (1991): 111 S. Ct. 2720.
- GEORGE, Robert P. (1995): *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press.
- GLENDON, Mary Ann (1994): *A Nation Under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- GORDON, Wendy J. (1989): “An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory”, *Stanford Law Review* 41: 1343 y ss.
- HAEMMERLI, Alice (1999): “Whose Who? The Case for a Kantian Right of Publicity”, *Duke Law Journal* 49: 383 y ss.
- HARDIE, W. F. R. (1980): *Aristotle’s Ethical Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- HARSCH, Bradley A. (1999): “Consumerism and Environmental Policy: Moving Past Consumer Culture”, *Ecology Law Quarterly* 26: 543 y ss.
- HENRY, Rebecca S. (1999): “The Virtue in Discretion: Ethics, Justice, and Why Judges Must be ‘Students of the Soul’”, *New York University Review of Law & Social Change* 25: 65 y ss.
- HEYMAN, Steven J. (1992): “Aristotle on Political Justice”, *Iowa Law Review* 77: 851 y ss.
- HERMAN, Barbara (1988): “Comment on Gavison”, *Southern California Law Review* 61: 1663 y ss.
- HIRSCHMAN, Linda R. (1990): “The Virtue of Liberality in American Communal Life”, *Michigan Law Review* 88: 983 y ss.
- (1992): “The Book of ‘A’”, *Texas Law Review* 70: 971 y ss.
- (1993): “Nobody in Here but Us Chickens: Legal Education and the Virtues of the Ruler”, *Stanford Law Review* 45: 1905 y ss.
- HOUSMAN, Robert F. (1992): “Kantian Approach to Trade and the Environment”, 49 *Washington and Lee Law Review* 49: 1373 y ss.
- HORVITZ, Ellis J. (1997): “Otto Kaus Remembered”, *Loyola Los Angeles Law Review* 30: 961 y ss.
- HUDSON, Walter M. (1999): “Book Review, Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War”, *Military Law Review* 161: 225 y ss.

- HUIGUENS, Kyron (1995): "Virtue and Inculcation", *Harvard Law Review* 108: 1423 y ss.
- (1998): "Virtue and Criminal Negligence", *Buffalo Criminal Law Review* 1:43 y ss.
- (2000a): "The Dead End of Deterrence, and Beyond", *Wm. and Mary Law Review* 41: 943 y ss.
- (2000b): "Rethinking the Penalty Phase", *Arizona State Law Journal* 32: 1195 y ss.
- (2002): "Solving the Apprendi Puzzle", *Geo. Law Journal* 90:387 y ss.
- HURSTHOUSE, Rosalind (1999): *On Virtue Ethics*, Oxford, Oxford University Press.
- JACKSON, Thomas H. (1986): *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, Mass., Beard Books.
- JAMES, Fleming, y Hazard, Geoffrey (1985): *Civil Procedure*, Boston, Little, Brown.
- Jones v. Strayhorn* (1959): 159 Tex. 421, 321, S.W.
- KAPLOW, Louis y Shavell, Stephen (2002): *Fairness Versus Welfare*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Kleinwort Benson Ltd. Appellant v. Lincoln City Council Same Respondent* (1999): 2 A.C. 349.
- KRAUT, Richard (1989): *Aristotle on the Human Good*, Princeton, Princeton University Press.
- (2002): *Aristotle: Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
- KRONMAN, Anthony T. (1993): *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- LILICH, Richard B. (1997): "Kant and the Current Debate Over Humanitarian Intervention", *Journal Transnational Law and Policy* 6:397.
- LLEWELLYN, Karl (1960): *The Common-Law Tradition*, Boston, Little, Brown.
- LUBAN, David (1992): "Justice Holmes and Judicial Virtue", *Nomos* 34:235 y ss.
- MACEDO, Stephen (1990): *Liberal Virtues*, Oxford, Clarendon Press.
- MACINTYRE, Alasdair (1984): *After Virtue: A Study in Moral Theory*, London, Duckworth.
- MAITLAND, F. W. (1898): "A Prologue to a History of English Law", *Law Quarterly Review* 14:13 y ss.
- MODAK-TRURAN, Mark C. (2000): "Corrective Justice and the Revival of Judicial Virtue", *Yale Journal of Law and Humanities* 12: 249 y ss.
- MULLER, Eric L. (1993): "The Virtue of Mercy in Criminal Sentencing", *Seton Hall Law Review* 4:288 y ss.
- National Commission on Judicial Discipline and Removal (1993): *Report*, Washington D.C., Government Printing Office.
- NESTERUK, Jeffrey (1996a): "Law, Virtue and Corporation", *American Business Law Journal* 33: 473 y ss.
- (1996b): "The Moral Dynamics of Law in Business", *American Business Law Journal* 34: 133 y ss.
- NOZICK, Robert (1977): *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell.

- OSIEL, Mark J. (1998): "Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline and the Law of War", *California Law Review* 86:939 y ss.
- PEARS, David (1980): "Courage as a Mean", en *Essays on Aristotle's Ethics*, editado por A. O. Rorty, 171 y ss., Berkeley, University of California Press.
- PERKINS, James W. (1998): "Virtues and the Lawyer", *Catholic Lawyers* 38:185 y ss.
- PINKARD, Terry (1992): "Judicial Virtue and Democratic Politics", *Nomos* 34:265.
- QUINN, Kevin P. (2000): "Viewing Health Care as a Common Good: Looking Beyond Political Liberalism", *Southern California Law Review* 73: 277 y ss.
- RAWLS, John (1951): "Outline of a Decision Procedure for Ethics", *Philosophical Review* 60: 177 y ss.
- (1999): *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- (2001): *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- RESNICK, Judith (1982): "Managerial Judges", *Harvard Law Review* 96:374 y ss.
- ROBERTSON, Elbert L. (2000): "A Corrective Justice Theory of Antitrust Regulation", *Catholic U. Law Review* 49: 741 y ss.
- RORTY, A. O. (ed.) (1980): *Essays on Aristotle's Ethics*, Berkeley, University of California Press.
- SANDEL, Michael J. (1988): *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SHAFFER, Thomas L. (1993): "The Legal Profession's Rule Against Vouching for Clients: Advocacy and 'The Manner That Is The Man Himself'", *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 7: 145 y ss.
- SHINER, Roger (1994): "Aristotle's Theory of Equity", *Loyola Los Angeles Law Review* 27: 1245.
- SCHARFFS, Brett G. (2001): "Law as Craft", *Vanderbilt Law Review* 54:2245 y ss.
- SCHAUER, Frederick (1991): *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, Clarendon Press.
- (1996): "Positivism as Pariah", en *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, editado por Robert P. George, Oxford, Clarendon Press.
- SCHROEDER, Christopher H. (1986): "Rights Against Risks", *Columbia Law Review* 86: 495 y ss.
- SHERMAN, Nancy (1989): *The Fabric of Character*, Oxford, Clarendon Press.
- SIMON, Maria (1994): "Note, Bribery and Other Not So 'Good Behaviour': Criminal Prosecution as a Supplement to Impeachment of Federal Judges", *Columbia Law Review* 94:1617 y ss.
- SIMONS, Kenneth W. (2001): "The Hand Formula in the Draft Restatement (Third) of Torts: Encompassing Fairness as Well as Efficiency Values", *Vanderbilt Law Review* 54:901 y ss.
- SMITH, Abbe; Montross, William (1999): "The Calling of Criminal Defence", *Mercer Law Review* 50:443 y ss., esp. 511-33.

- SOLUM, Lawrence B. (1987): "On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma", *U. Chi. Law Review* 54:462 y ss.
- (1988): "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", *Southern California Law Review* 1730.
- (1990): "Virtues and Voices", *Chi-Kent Law Review* 66:111 y ss.
- (1991): "What Remains of Freedom of Speech for Lawyers after Gentile?", *California Litigation* (November): 16 y ss.
- (1993): "The Boundaries of Legal Discourse and the Debate over Default Rules in Contract", *Southern California Multidisciplinary Law Review* 3: 311 y ss.
- (1994a): "Equity and the Rule of Law", *Nomos* 34:120.
- (1994b): "Situating Political Liberalism", *Chi-Kent Law Review* 69:549 y ss.
- (1999): "The Foundation of Liberty", *Michigan Law Review* 97:1781 y ss.
- STATMAN, Daniel (ed.) (1997): *Virtue Ethics: A Critical Reader*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- STRUDLER, Alan, and Orts, Eric W. (1999): "Moral Principle in the Law of Insider Trading", *Texas Law Review* 78:375 y ss.
- SULENTIC, Alison M. (2001): "Happiness and ERISA: Reflections on the Lessons of Aristotle's Nicomachean Ethics for Sponsors of Employee Benefit Plans", *Employee Rights and Employment Policy Journal* 5:7 y ss.
- Symposium on Kantian Legal Theory (1987): *Columbia Law Review*, 87:421 y ss.
- Transworld Airlines v. American Coupon Exchange* (1990): 913 F.2d 676.
- TREMBLAY, Paul R. (1999a): "Acting 'A Very Moral Type of God': Triage Among Poor Clients", *Fordham Law Review* 67:2475 y ss.
- (1999b): "The New Casuistry", *Geo. Journal of Legal Ethics* 12:489 y ss.
- TWINING, William (1973): *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Norman, University of Oklahoma Press.
- United States v. Aluminium Company of America* (1945): 148 F.2d 416.
- WALDRON, Jeremy (1999): *The Dignity of Legislation*, 189 y ss., Cambridge, Cambridge University Press.
- WILLIAMS, Bernard (1980): "Justice as a Virtue", en *Essays on Aristotle's Ethics*, editado por A. O. Rorty, Berkeley, University of California Press.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1968): *Philosophical Investigations*, traducida por G. E. M. Anscombe, Oxford, Basil Blackwell.
- WRIGHT, R. George (2002): "Treating Persons as Ends in Themselves: The Legal Implications of a Kantian Principle", *U. Rich. Law Review* 36:271 y ss.
- Younger v. Smith* (1973): 30 Cal. App. 3d 138, 106 Cal. Rptr. 225.
- ZAGZEBSKI, Linda (1996): *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press.